

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

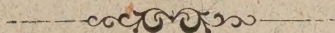
LA
RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MINISTRES
DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Politiques et Économiques)

PAR

Fernand ARLES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER
Lieutenant de réserve au 81^e régiment d'Infanterie
Décoré de la Croix de guerre
Lauréat de la Faculté



MONTPELLIER
ROUMÉGOUS ET DÉHAN, RUE VIEILLE-INTENDANCE.

—
1920

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

DES MINISTRES

DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

LA

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MINISTRES

DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Politiques et Économiques)



PAR

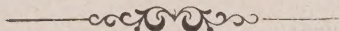
Fernand ARLES

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

Lieutenant de réserve au 81^e régiment d'Infanterie

Décoré de la Croix de guerre

Lauréat de la Faculté



MONTPELLIER

ROUMÉGOUS ET DÉHAN, RUE VIEILLE-INTENDANCE, 5

—
1920

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTE DE DROIT

MM. VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours
de Droit international privé. Doyen de la Faculté.
MOYE, professeur de Droit international public, assesseur.
CHARMONT, professeur de Droit civil, en congé.
CHAUSSE, professeur de Droit romain, en congé.
MORIN, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel.
BECQUÉ, chargé de cours suppléant de Droit criminel.
HUGUENEY, agrégé de Droit civil.
ROCHE-AGUSSOL, agrégé d'économie politique.
de NESMES-DESMARETS, agrégé de Droit administratif.
PETOT, chargé de cours de Droit romain.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé du cours de procédure.
BOSC, chargé de cours de Droit civil.
VIGIÉ et BRÉMOND, Doyens honoraires.
LABORDE, professeur honoraire.
ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. MOYE, *Président*.

DONNEDIEU de VABRES }
de NESMES-DESMARETS } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MINISTRES

DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE

INTRODUCTION

Origine et évolution du principe de la responsabilité pénale des ministres.

§ I. — Lorsque le principe si longtemps incontesté du Pouvoir absolu fut battu en brèche, lorsqu'apparut la nécessité de soumettre les actes du Pouvoir Exécutif au contrôle de la nation, ce n'est pas le Chef de l'Etat lui-même que l'on s'attacha à rendre responsable vis-à-vis d'elle, mais ses collaborateurs immédiats, qui, sous les noms divers de ministres, conseillers d'Etat, secrétaires d'Etat, etc., concourent plus ou moins activement suivant les Constitutions, mais, en tout cas, d'une façon directe et permanente, au gouvernement et à l'administration du pays.

Une pareille conception de la responsabilité du Pouvoir Exécutif, un tel déplacement dans le sujet de cette responsabilité s'expliquent, en premier lieu, par une raison d'ordre historique : c'était surtout sur les ministres que se portaient, sous l'ancien régime, la haine et la suspicion du peuple et des parlements. « Les parlements qui avaient été des adversaires pour les ministres ne pouvaient s'attaquer au roi..., tous leurs coups étaient dirigés contre les ministres, contre ceux qui exerçaient le pouvoir et en abusaient au nom sacré de Sa Majesté. Cette distinction, que les Parle-

ments faisaient en partie par nécessité et par habileté politique, l'opinion générale la faisait en toute sincérité et sans réserves (1) ». De cette haine et de cette suspicion et en même temps de l'impossibilité absolue de soumettre la personne même du roi à un contrôle quelconque, devait nécessairement découler le désir, et le désir passionné, dont les cahiers des Etats généraux de 1789 font largement foi, de faire supporter aux ministres seuls tout le poids de la responsabilité du Pouvoir Exécutif vis-à-vis de la nation.

Mais une raison d'ordre pratique, qui n'a point cessé d'être vraie de nos jours, explique en deuxième lieu cette tendance : la responsabilité du Pouvoir Exécutif doit pouvoir être mise en action facilement, sans qu'il en résulte de secousse violente ni de désordre brusque dans la vie politique du pays ; or, ce résultat paraît bien difficile à obtenir si c'est le Chef même du Pouvoir Exécutif que l'on veut rendre responsable. « Rendre un Monarque responsable d'un acte illégal ou funeste du pays, écrit M. Esmein (2), c'est le détrôner, c'est une révolution. Dans la République..., c'est une crise violente presque aussi grave qu'une révolution, à laquelle on ne recoura qu'à la dernière extrémité ».

Il est vrai que certaines de nos Constitutions nous fournissent des exemples de la solution opposée et nous montrent le Chef de l'Etat lui-même plus ou moins pleinement responsable, pénalement ou politiquement : telles sont la Constitution de 1791, celle de 1848 et de 1852, et le régime qui fonctionna en fait de 1871 à 1873 ; mais ce sont là des exceptions tenant aux circonstances et dues à des raisons spéciales qu'il serait trop long d'énumérer, et l'on peut affirmer que normalement, en règle générale, ce sont les ministres qui sont responsables pour le Chef de l'Etat.

(1) DESJARDINS. *Les cahiers des Etats généraux en 1789*.

(2) ESMEIN. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*.

Mais on n'est pas arrivé du premier coup à la reconnaissance de cette responsabilité ministérielle pure et simple ; c'est qu'une telle reconnaissance implique en même temps celle d'une autorité qu'il était difficile de leur accorder sous le régime de la Monarchie absolue ; le devoir en effet ne peut venir que du pouvoir, la responsabilité implique nécessairement l'autorité. On commence donc par procéder timidement, on essaye de rendre les ministres responsables des conseils par eux donnés au Souverain. Un tel système, le seul d'ailleurs qui fonctionne encore en Suède, a le triple défaut d'être à la fois illogique, injuste et insuffisant. Mais en fait il ne put fonctionner en France sous l'ancien régime, la seule responsabilité ministérielle connue y fut celle du ministre envers le roi qui le nommait, et tandis qu'en Angleterre, la responsabilité ministérielle proprement dite, celle du ministre envers la nation, fonctionne dès le XIV^e siècle, elle ne put s'installer en France qu'après la chute de l'ancien régime, et nous la voyons apparaître pour la première fois dans les Constitutions révolutionnaires.

§ 2. — Mais quelle est la nature de cette responsabilité ministérielle ainsi établie, quel caractère revêt-elle à son origine ? On peut poser en principe que la première forme de la responsabilité ministérielle est la responsabilité pénale ; celle-ci correspond à cette idée simple que quiconque outre-passe ses droits ou commet une faute doit être puni. Elle précède logiquement la responsabilité politique, d'après laquelle les ministres qui ne possèdent plus la confiance des représentants de la nation doivent quitter le pouvoir. Cette dernière, en effet, est beaucoup plus complexe que la première, elle suppose un état politique bien plus développé, où les représentants de la nation exercent un contrôle sérieux et permanent sur les actes du Pouvoir Exécutif. C'est en Angleterre surtout qu'il faut rechercher un exemple de l'évolution normale de la responsabilité ministé-

térielle ; c'est, en effet, le pays où les événements politiques se sont développés le plus naturellement, sans heurts ni secousses brusques, sans révolutions violentes, mais à la suite, au contraire, d'une évolution lente, continue, logique. Or, tandis que la responsabilité pénale fonctionne en Angleterre dès le XIV^e siècle, et que nous voyons par exemple le lord chancelier Latimer mis en accusation en 1376 pour avoir prélevé des impôts non régulièrement votés, ce n'est qu'à la fin du XVII^e siècle, plus de trois siècles plus tard, que nous y voyons apparaître pour la première fois la responsabilité politique. La même évolution s'est produite dans la plupart des pays monarchiques qui sont passés progressivement du régime de la monarchie absolue à celui de la monarchie constitutionnelle, puis parlementaire. Aux Pays-Bas, par exemple, la responsabilité pénale des ministres était seule reconnue par la loi du 24 août 1815 et la responsabilité politique n'y pénétra qu'avec la Constitution belge de 1831, et la Constitution hollandaise de 1848 ; elle n'a été admise que récemment en Norwège, où les ministres étaient seulement responsables des conseils donnés au souverain ; enfin la Constitution allemande de 1871 n'admettait que la responsabilité pénale des ministres.

Et cette évolution, avons-nous dit, est logique ; il est normal que la responsabilité pénale apparaisse la première : elle correspond à un état politique plus rudimentaire, où les droits du Parlement sont encore peu développés, où le Pouvoir Exécutif est encore trop fort pour pouvoir être assujéti à un contrôle efficace et continu, condition essentielle de la responsabilité politique. Le Parlement donc, ne pouvant surveiller tous les actes des ministres, se contente de leur demander compte de certains d'entre eux, ceux qui violent manifestement la loi ou sont évidemment contraires à l'intérêt du pays. Mais alors son intervention est d'autant plus sévère qu'elle est plus rare ; pour ces actes illégaux ou éminemment préjudiciables à la nation, le ministre sera

non seulement renversé du pouvoir, mais encore mis en accusation, jugé par le même Parlement, et condamné à des peines parfois très lourdes. Il importe de constater dès maintenant le caractère double de cette responsabilité pénale : le Parlement, en effet, intervient pour la mettre en œuvre non seulement quand le ministre a violé la loi, mais encore quand il a commis un dol ou une faute lourde gravement préjudiciable à l'intérêt du pays, quoique non prévu par la loi pénale. Et c'est ce second cas surtout qui, politiquement, est intéressant ; c'est en se reconnaissant le droit de juger et de punir les ministres même pour leurs fautes lourdes, droit qu'il s'est arrogé en fait très rapidement, que le Parlement est parvenu à s'immiscer dans la politique du gouvernement, à contrôler quand même les actes du Pouvoir Exécutif, à préparer ainsi l'avènement de la responsabilité politique, avènement qui ne devait se produire que plusieurs siècles plus tard. Dès l'apparition de cette responsabilité politique, dès que les circonstances et le développement progressif des droits du Parlement en rendent l'application possible, nous la voyons prendre une extension de plus en plus rapide et remplacer bientôt presque complètement la responsabilité pénale ; c'est que cette dernière, appliquée exclusivement, présentait en effet de graves inconvénients : elle ne permettait que des interventions périodiques du Parlement dans les affaires du Gouvernement, une répression brusque et intermittente des fautes commises par les agents du Pouvoir Exécutif ; trop sévère quand elle s'exerçait, elle était pourtant insuffisante, et ne pouvait viser qu'un petit nombre d'actes ministériels, laissant échapper la plupart d'entre eux, qui n'offraient aucune prise à une répression pénale. Combien préférable est au contraire la responsabilité politique qui, elle, permet de contrôler tous les actes du Pouvoir Exécutif, de renverser du pouvoir les ministres qui ont perdu la confiance des représentants de la nation, et cela sans heurt

brusque, sans secousse violente, mais par le simple jeu souple et normal des institutions parlementaires !

Ainsi l'évolution que nous avons constatée en Angleterre : la préexistence de la responsabilité pénale, puis son remplacement progressif par la responsabilité politique, apparaît comme un phénomène logique et normal.

Si l'on étudie maintenant l'histoire de la responsabilité ministérielle en France, l'on voit qu'ici aussi la responsabilité pénale a précédé la responsabilité politique, puisque la première se trouve inscrite dans la Constitution de 1791, tandis que la seconde n'a commencé à fonctionner en fait que sous le régime des Chartes. Mais si l'on recherche les causes de cette préexistence de la responsabilité pénale, l'on voit qu'elles sont, au moins en apparence, essentiellement différentes de celles que nous venons d'indiquer : tandis, en effet, que la responsabilité politique ne pouvait pas fonctionner, dès le début, en Angleterre, parce que les ministres étaient trop puissants, parce qu'il était impossible au Parlement de les soumettre au contrôle permanent et total que suppose cette responsabilité, au contraire, en France, si cette dernière n'a pas pu s'exercer, c'est que les ministres étaient trop peu puissants, trop réduits au rôle de simples agents d'exécution. Imbus de cette méfiance envers le Pouvoir Exécutif, que les cahiers des États généraux nous montrent avec tant de clarté, les hommes d'État de la Révolution s'appliquèrent à réduire son rôle à celui d'exécuteur passif des ordres reçus par le Pouvoir Législatif. Comme le dira plus tard Condorcet à la Convention : « Le Conseil exécutif ne doit pas être considéré comme un véritable pouvoir. Il ne doit pas vouloir. Il est la main avec laquelle les législateurs agissent, l'œil avec lequel ils observent les détails de l'exécution de leurs décrets ». Quelle que soit la valeur d'une telle conception du Pouvoir Exécutif, il est évident qu'elle est incompatible avec la responsabilité politique des ministres ; celle-ci suppose en effet

nécessairement que les actes du gouvernement sont laissés à l'initiative personnelle des agents du Pouvoir Exécutif, que ceux-ci ont une politique qui leur est propre, dont ils doivent évidemment rendre compte au Parlement, mais sans que ce dernier se substitue à eux dans la direction même de cette politique, sans qu'il y ait, en un mot, confusion entre le Gouvernement et le contrôle du Gouvernement. Si, au contraire, cette confusion est établie, si l'on fait des ministres de simples agents d'exécution, il est bien certain qu'il ne peut plus s'agir pour eux de responsabilité politique, mais qu'ils ne peuvent plus être, comme tous autres fonctionnaires, que pénalement responsables de l'exécution des ordres reçus. Il est donc parfaitement naturel que la responsabilité politique n'ait pas fait son apparition en France, sous les Constitutions révolutionnaires.

Ainsi nous voyons que la responsabilité politique suppose pour fonctionner un certain état bien précis de droit constitutionnel, où les ministres ne sont ni trop puissants : dans ce cas, en effet, ils bravent le contrôle du Parlement ; ni trop peu puissants : ils n'ont pas alors de politique qui puisse être jugée par ce Parlement. A cet état de droit on n'a pu arriver du premier coup, ni en France ni en Angleterre. Mais dès que le développement des mœurs politiques a rendu possible l'existence de cette responsabilité, elle a apparu comme un instrument bien préférable à la responsabilité pénale, la seule connue jusqu'alors. Elle possède, en effet, d'une part, tous les avantages de cette dernière : ce qu'on cherchait surtout dans la responsabilité pénale, c'était moins la punition du ministre coupable que la possibilité de l'écarter du pouvoir. Cette préoccupation est visible tant dans les réclamations des cahiers des États généraux de 1789 que dans les discours des orateurs des Assemblées révolutionnaires ; ce qui inquiétait ceux-ci, c'était surtout la possibilité de la résistance d'un ministre, et ne pouvant prévoir de responsabilité politique, nous avons vu pourquoi ils

avaient demandé à la responsabilité pénale le moyen de le renverser. Or, la responsabilité politique leur fournit ce moyen. Et, d'autre part, elle présente des avantages que n'offrait pas la première : nous avons vu qu'elle permet de contrôler tous les actes des ministres, et non seulement certains d'entre eux, qu'elle fonctionne plus simplement, plus normalement, que c'est un instrument plus souple, plus délicat, plus perfectionné que la responsabilité pénale.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'elle ait prédominé par la suite au point de s'exercer presque seule et de reléguer dans l'ombre la forme primitive de la responsabilité ministérielle. Cette dernière est aux yeux de beaucoup d'auteurs complètement tombée en désuétude, on répète après Macaulay que « de nos jours les votes de défiance des Chambres ont remplacé les arrêts de mort, la disgrâce temporaire du Parlement, le billot et la hache ». En Angleterre même, le pays classique de la responsabilité pénale des ministres, l'institution de l'impeachment apparaît comme démodée : « Peut-être, écrit un auteur anglais Sidney Low, si les ministres avaient fait un acte évidemment criminel..., il serait possible de soulever l'opinion publique au point de les faire mettre en jugement. Mais il faudrait pour cela presque un coup d'Etat, ou une série d'émeutes révolutionnaires pour en arriver là, et, après tout, en de pareilles circonstances, il serait possible de mettre en jeu même la responsabilité d'un tsar russe ou d'un sultan de Turquie ». La procédure de l'impeachment n'a d'ailleurs pas été appliquée dans ce pays depuis 1803.

§ 3. — Est-il donc vrai que la responsabilité pénale des ministres ait perdu tout intérêt pratique, qu'elle ne puisse coexister avec leur responsabilité politique, qu'elle ait dû complètement disparaître pour laisser le champ libre à cette dernière ?

Si l'on étudie cependant l'histoire politique du dernier demi-siècle, l'on voit de nombreux exemples de poursuites pénales exercées ou tentées contre des ministres : en France, deux propositions de mise en accusation sont faites contre des ministres en 1879, et en 1885 ; une autre proposition est également soutenue devant le Parlement, en Grèce, en 1873 contre le cabinet Bulgaris, aux Etats-Unis en 1876 contre le ministre de la guerre Belknap, en Hongrie en 1878. Ces propositions, il est vrai, n'aboutissent pas, mais elles montrent que la responsabilité pénale des ministres reste une question d'actualité. Il y a eu d'ailleurs aussi des condamnations : en 1875, deux ministres de Grèce sont condamnés à l'emprisonnement, et, en 1884, tous les ministres norvégiens étaient frappés d'une amende. Enfin, pendant la guerre même, la mise en accusation des ministres roumains et surtout le retentissant procès de M. Malvy ont ramené l'attention sur la question de la responsabilité pénale des ministres, montré que celle-ci était loin d'être une institution démodée, un sujet épuisé, et qu'elle conservait en marge de la responsabilité politique un rôle propre et une place importante. Il semble même qu'une sorte de réaction se dessine contre la tendance si longtemps prédominante de rétrécir sans cesse le domaine de cette responsabilité, et qu'elle est en train de regagner une partie du terrain jadis perdu ; nous verrons, en effet, qu'un certain nombre de législations étrangères récentes lui attribuent un rôle particulièrement important, font sanctionner par elle même les fautes lourdes des ministres quoique non prévues par la loi pénale ; nous verrons enfin que cette théorie vient d'être consacrée en France par la Cour de Justice, lors du procès de M. Malvy.

Quelles sont les raisons de cette espèce de reviviscence de la responsabilité pénale des ministres, comment peut-il se faire que la responsabilité politique que nous avons vue si souple, si pratique, assurant si bien le contrôle du Parle-

ment sur le Pouvoir Exécutif, si supérieure à la forme primitive de la responsabilité ministérielle s'appliquant exclusivement, n'ait plus paru à un moment donné suffisante à elle seule, et qu'on ait été obligé de faire appel à l'autre considérée longtemps comme une institution primitive et surannée?

Remarquons tout d'abord qu'il ne s'agit pas dans cette évolution, que nous croyons apercevoir à l'heure actuelle en France et dans la plupart des législations étrangères, d'une résurrection totale de l'ancienne responsabilité pénale, d'un remplacement complet par elle de la responsabilité politique; nous croyons au contraire que cette dernière restera désormais partout la forme normale de la responsabilité ministérielle. Cette évolution a simplement pour but d'étayer la responsabilité politique, de la compléter, de la remplacer au besoin par la responsabilité pénale, quand elle est inapplicable ou insuffisante. La question se ramène donc à ceci: Pourquoi la responsabilité politique a-t-elle paru ne pas devoir suffire dans certains cas, elle qui fut si longtemps considérée comme un instrument parfait toujours applicable et toujours efficace.

Une raison de nécessité pratique explique en premier lieu, croyons-nous, cette tendance. Nous avons vu que le rôle principal, le but essentiel de la responsabilité politique est d'écarter du pouvoir les ministres qui n'ont plus la confiance du Parlement ou dont la politique cesse de plaire à la majorité des membres de ce dernier; or, les ministres se retireraient-ils toujours devant un vote contraire du Parlement s'ils ne craignaient d'être mis en accusation pour violation de la Constitution? et la responsabilité pénale n'apparaît-elle pas comme nécessaire, même ici dans le domaine spécial de la première, pour l'étayer, la sanctionner au besoin? Il est vrai que le développement des mœurs parlementaires rend de plus en plus improbable une résistance de ce genre de la part du Pouvoir Exécutif, mais l'on

peut pourtant supposer, sans sortir des cadres de la vraisemblance, un état de crise, de guerre ou de révolution par exemple, où les ministres seraient amenés à braver ouvertement et illégalement la volonté du Parlement ; une sanction pénale devient évidemment ici nécessaire dans l'impuissance où la responsabilité politique est de s'appliquer.

Des faits de ce genre seront certes très rares ; les illégalités, les actes d'arbitraire des ministres seront bien plus souvent commis avec l'assentiment ou même le concours du Parlement que contre lui ; dans le régime parlementaire, en effet, la tyrannie de la majorité est bien plus à craindre que celle du Pouvoir Exécutif : « La tyrannie de la majorité, dit Stuart Mill, est au nombre des maux contre lesquels la société doit savoir se mettre en garde ». C'est appuyé sur la majorité du Parlement qu'un ministre risque vraiment le plus de commettre des actes arbitraires et tyranniques envers la minorité ; ici aussi une sanction pénale interviendra utilement pour la répression de ces actes que la responsabilité politique est impuissante a priori à empêcher, puisque c'est elle qui les cause ou du moins qui les permet.

Mais, même dans les cas où cette responsabilité pourrait matériellement s'appliquer, où il ne s'agit ni d'une rébellion ouverte du Pouvoir Exécutif contre le Parlement, ni d'une complaisance ou d'un concours coupables de ce dernier, la même raison de nécessité pratique qui nous a conduit à recourir à la responsabilité pénale dans les deux hypothèses précédentes nous amène à l'adopter aussi quand il s'agit de fautes lourdes, intentionnelles ou non, commises par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions ; inapplicable dans les deux premiers cas, la responsabilité politique pure et simple serait ici insuffisante ; elle est impuissante en effet à assurer l'éloignement définitif du pouvoir d'un ministre dont la gestion particulièrement malhonnête ou maladroite a été un danger grave pour le pays. L'usage des

courts ministères s'est établi un peu partout, notamment en France ; un ministre renversé du pouvoir, n'en conserve pas moins, quelle que soit la raison de sa chute, l'espoir d'y revenir à bref délai, et même pendant son éloignement des affaires publiques, il entretient nécessairement avec ses successeurs des relations qui peuvent le rendre fort dangereux, même comme homme privé. La simple mise en œuvre de la responsabilité politique ne suffit donc pas pour obtenir le but pourtant si désirable en pareil cas : l'écart absolu et définitif du ministre incapable ou malhonnête.

Le développement de la responsabilité pénale repose aussi en deuxième lieu sur une raison de justice et de logique : comment distinguer en effet les ministres qui quittent le pouvoir simplement parce que leur politique a cessé de plaire à la majorité des membres du Parlement, de ceux qui sont renversés pour avoir commis un dol ou une faute lourde dans l'exercice de leurs fonctions, si la responsabilité politique est la seule sanction applicable en tous cas ? Et n'est-il point évident pourtant qu'une pareille distinction est fondamentale et doit toujours être faite ? « L'irresponsabilité, écrit M. Barthélémy (1), est un des vices de notre démocratie, nous n'avons pas à proprement parler de responsabilité ministérielle... l'obligation de démissionner n'est pas une sanction puisqu'il est entendu que la fonction de ministre n'est pas une carrière ». Il était naturel qu'une réaction se dessina contre cette irresponsabilité particulièrement anormale et illogique quand il s'agit de personnages si haut placés et dont dépendent les destinées du pays. Plus une fonction est élevée, a-t-il semblé, plus grands sont les avantages qui en découlent et plus doit être lourde la responsabilité qui en est la contre partie. Si la responsabilité d'un particulier qui, par sa malhonnêteté, sa

(1) La Mise en accusation du Président de la République et des ministres. *Revue de droit public*, année 1918.

négligence ou même son incapacité, cause la ruine d'une entreprise qu'il dirige pour autrui, ne saurait faire logiquement de doute, il doit en être a fortiori de même pour les ministres auxquels sont confiés des intérêts tellement considérables, dont ils ont librement assumé la charge. Oui, dira-t-on, mais c'est de la responsabilité civile qu'il s'agit dans le premier cas, et c'est elle aussi qui doit s'appliquer exclusivement pour sanctionner les fautes des ministres, la responsabilité pénale devant être réservée aux infractions prévues par la loi pénale. Nous reviendrons plus tard sur cette question, si importante en la matière, de la nécessité d'une loi pénale pour la punition des crimes ministériels. Mais constatons dès maintenant que la responsabilité civile ne semble pas pouvoir s'appliquer ici, et cela pour trois raisons : Elle est *impossible à mettre en œuvre* pratiquement et l'on n'a jamais réussi à l'exercer. Elle serait *illusoire* quand il s'agirait de sommes importantes à faire payer par le ministre. Elle serait enfin *injuste*, étant donné les ressources pécuniaires différentes des intéressés, et l'inégalité du sacrifice que représenterait pour eux le paiement d'une même somme. — C'est donc la responsabilité pénale qui doit s'appliquer ; c'est elle, et elle seule qui, au point de vue de la justice, comme à celui de la nécessité, doit sanctionner les dols et les fautes lourdes des ministres.

Le développement de cette responsabilité est d'ailleurs conforme à une tendance plus générale, à un effort de réglementation légale toujours plus étroite et toujours plus précise ; nous assistons, en effet, dans le droit privé surtout, à une invasion progressive du droit dans le domaine de la morale ; bien des rapports qui n'étaient autrefois régis que par les règles incertaines et facultatives de celle-ci, sont maintenant prévus et réglementés par une loi positive, prête à mobiliser pour la défense de son texte tous ses moyens de coercition. Et cette tendance est aussi visible, semble-t-il, dans le droit public ; la demande de

mise en accusation de l'empereur d'Allemagne et de ses principaux collaborateurs est, en effet, un indice curieux de ce courant d'idées, qui tend à faire rentrer dans le domaine du droit, en donnant à ce mot le sens le plus étendu, des faits qui étaient autrefois considérés comme faisant essentiellement partie de celui de la morale, et à leur appliquer une sanction légale, là où jadis une sanction morale eût paru sinon suffisante, du moins seule applicable. Les ministres devaient échapper moins que quiconque à ce courant d'idées, à une époque où leur rôle est d'autant plus délicat que les problèmes politiques, économiques et sociaux qu'ils ont à résoudre sont plus ardues et plus compliqués, et où même leur incapacité apparaîtrait comme un crime.

§ 4. — Ainsi le développement récent de la responsabilité pénale des ministres est un fait logique et normal. Remarquons que cette responsabilité pénale moderne présente avec l'ancienne, celle qui existait seule avant l'apparition de la responsabilité politique, à la fois des différences profondes et des analogies réelles.

Elle en diffère essentiellement en ce que la première s'appliquait exclusivement, tandis qu'elle même reste en marge de la responsabilité politique qui demeure, malgré tout, la forme normale de la responsabilité ministérielle, susceptible des applications les plus fréquentes ; elle se tient dans l'ombre de celle-ci, toujours prête à s'exercer, mais ne s'exercera que rarement en fait. Elle est en même temps moins rude, moins sévère que la première, et les peines qu'elle entraînera seront sensiblement moins lourdes.

Comme elle, au contraire, elle a un caractère double ; elle punit non seulement les infractions prévues par la loi pénale ordinaire, mais encore, croyons-nous, les dolis ou les fautes lourdes non qualifiés par la loi ou visés tout au moins par une loi spéciale aux ministres. Il y a même, en

quelque sorte, deux responsabilités pénales bien distinctes : la première vise les délits prévus par le Code pénal et commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions (nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par cette expression), c'est la responsabilité pénale ordinaire, elle n'est point susceptible d'extension et exige formellement, pour s'appliquer, la présence d'un texte. Mais il existe aussi, à notre avis, une deuxième espèce de responsabilité pénale, celle qui sanctionne les dols ou les fautes lourdes des ministres commis même sans violation d'aucun texte ; c'est en quelque sorte une responsabilité politico-pénale, qui, elle, peut être étendue et développée ; nous tâcherons, plus loin, de démontrer et de justifier son existence, mais il est certain, dès maintenant, qu'elle présente beaucoup plus d'intérêt que la première, qu'elle est susceptible de modalités plus diverses, que c'est notamment son développement propre qui a causé l'espèce de résurrection de la responsabilité pénale que nous avons constatée et l'invasion de cette dernière dans le domaine de la responsabilité politique. Elle tient en quelque sorte le milieu entre cette dernière et la responsabilité pénale proprement dite : elle implique bien, en effet, des sanctions réelles et effectives et non le simple renversement du pouvoir, mais nous verrons que les peines qu'elle suppose doivent normalement être douces et à caractère essentiellement politique.

Après avoir ainsi rapidement examiné l'évolution de la responsabilité pénale des ministres ; constaté qu'elle a été la forme primitive de la responsabilité ministérielle, qu'elle a dans la suite presque complètement disparu devant la responsabilité politique, qu'elle est enfin aujourd'hui l'objet d'une sorte de reviviscence, nous pouvons passer maintenant à l'étude même de cette responsabilité et examiner successivement son étendue, les pénalités qu'elle implique, et enfin la procédure de la mise en accusation et du jugement des ministres.

CHAPITRE PREMIER

Etendue de la responsabilité pénale des ministres.

Aux termes de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés et jugés par le Sénat, pour « crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions ».

Il est certain tout d'abord que le mot « crime » est pris ici dans un sens large et ne comprend pas seulement les crimes proprement dits, mais aussi les délits que peuvent commettre les ministres. Dans une circulaire adressée aux procureurs généraux, M. Benoit, ancien directeur des grâces et affaires criminelles au ministère de la Justice, écrivait : « Il est évident que le mot crime ne doit pas être entendu dans le sens étroit qui lui a été donné pour faciliter la classification des infractions dans le Code d'instruction criminelle, mais il faut le considérer comme un terme générique comprenant tous les faits qui peuvent donner lieu à l'application d'une peine ». La question ne saurait d'ailleurs faire sérieusement de doute ; la logique, l'équité et les précédents contribuent également à faire adopter l'interprétation de M. Benoit, et à donner au mot « crime » son sens le plus large.

Il est également certain que c'est seulement aux délits de fonction et non à tous les délits ministériels que l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 a entendu réserver la compétence et la procédure spéciales qu'il prévoit. Mais la distinction entre ces délits de fonction et les délits privés des ministres est assez délicate et peut donner lieu à des difficultés nombreuses qu'il importe d'examiner.

Mais la principale question soulevée par cet article 12 est celle de savoir s'il faut entendre par les mots « crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions », seulement les infractions prévues et punies par la loi pénale, ou bien, d'une façon générale, tous les actes délictueux des ministres et même toutes les fautes lourdes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions.

Des difficultés particulières surgissent également à propos de certains actes criminels dont on peut se demander s'ils sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leurs auteurs.

Ce sont ces diverses questions qu'il importe d'étudier successivement.

SECTION I

Distinction entre les délits de fonction et les délits privés des ministres.

§ 1. *Raisons de cette distinction. Pourquoi les délits privés doivent être laissés sous l'empire du droit commun,*

En établissant une distinction fondamentale entre les délits de fonction et les délits privés des ministres, en réservant aux premiers seuls une compétence et une procédure spéciales, et en laissant les seconds sous l'empire du droit commun, la loi du 16 juillet 1875 a rompu avec une tradition suivie par certaines de nos constitutions, et d'après laquelle, même les délits privés des ministres étaient soustraits à l'application du droit commun et soumis à un régime particulier.

C'est la Constitution de l'an VIII qui, la première, édicta pour ces délits privés des règles spéciales en exigeant pour leur poursuite l'autorisation du Conseil d'Etat. Cette autorisation n'était cependant nécessaire que pour les délits comportant une peine afflictive ou infamante, et, dans tous les

cas, les ministres restaient justiciables des tribunaux ordinaires. Mais bientôt après le senatus consulte du 28 floréal an XII vint rendre les ministres justiciables de la Haute Cour impériale pour toutes les infractions par eux commises, même en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Tel est également le système qui fut établi plus tard par le senatus consulte du 4 juin 1838 qui soumet toutes les infractions ministérielles sans exception à la compétence de la Haute Cour de Justice.

On a soutenu que la Charte de 1814 avait aussi adopté cette solution, que son silence en la matière impliquait le maintien de la législation antérieure, celle du senatus consulte de l'an XII, quant aux délits privés ; qu'une autorisation restait en tout cas nécessaire, sous son empire, pour la poursuite de ces délits, et que la juridiction compétente était : les tribunaux ordinaires selon certains auteurs (1), la première chambre civile des cours d'appel, selon d'autres (2), par extension de l'article 10 de la loi du 20 avril 1810 relatif aux délits commis par certains grands fonctionnaires de l'Etat. Mais cette Charte ne permettant la mise en accusation des ministres par la Chambre des députés et leur traduction devant la Cour des Pairs que « pour fait de trahison et de concussion » ; il faut admettre avec la généralité des auteurs que les articles 55 et 56, qui établissent cette compétence spéciale, ont entendu, en ne visant que les délits de fonction des ministres, laisser leurs infractions privées sous le régime du droit commun pur et simple aussi bien au point de vue de l'exercice des poursuites qu'à celui de la juridiction compétente.

Ce système, qui est celui de la Constitution de 1875, apparaît comme le meilleur au point de vue de la logique et de l'équité. Il y a, en effet, dans le ministre deux hommes

(1) FAUSTIN-HÉLIE. *Instr. crim.*, t. III, p. 320.

(2) MANGIN. *Traité de l'action publique*, t. II, p. 12.

distincts : l'homme public et l'homme privé, l'agent du Pouvoir Exécutif et le simple citoyen. S'il est naturel de soumettre à une juridiction spéciale particulièrement apte à les juger les actes délictueux qu'il commet en la première qualité, actes toujours graves, toujours susceptibles de troubler profondément la vie du pays, on ne voit pas, par contre, pourquoi ceux qu'il commet comme homme privé ne seraient pas assujettis au droit commun : ici, en effet, aucune compétence spéciale n'est nécessaire, aucun intérêt spécial n'est d'autre part en jeu, le ministre en violant la loi commune ne fait que troubler l'ordre public comme tout autre citoyen pourrait le faire ; pourquoi donc ne pas le laisser justiciable des tribunaux ordinaires de répression institués pour faire respecter cet ordre public ?

Ce système déjà adopté par Benjamin Constant, qui assure même que « le système qui exige l'intervention d'une assemblée représentative pour punir l'homicide, le rapt ou tel autre crime, bien que ce crime n'est aucun rapport avec les fonctions ministérielles, est trop absurde pour s'y arrêter (1) », est pourtant l'objet de critiques nombreuses, mais dont aucune ne résiste à un examen sérieux.

Les délits privés, dit-on d'abord, empruntent à la qualité de leur auteur une nature spéciale, une gravité particulière. Il convient donc de donner plus d'éclat au châtement du coupable en le rendant justiciable d'une juridiction spéciale et en prescrivant contre lui une procédure particulière. — Sans doute un ministre voleur ou assassin peut se servir pratiquement de la puissance que lui donnent ses fonctions pour commettre son acte. — Mais, comme le remarque Benjamin Constant, cet emploi de sa puissance n'est qu'un délit de plus, délit qui n'exige pas l'intervention d'une juridiction spéciale : c'est une simple circonstance aggra-

(1) BENJAMIN CONSTANT. *De la responsabilité des ministres*, p. 384.

vante que les tribunaux ordinaires pourront parfaitement apprécier.

On peut aussi prévoir le cas opposé : un ministre innocent en butte à l'envie et à la colomnie d'adversaires politiques. — Mais les tribunaux de droit commun apprécieront aussi bien que quiconque l'importance à attribuer aux accusations portées contre lui.

Une objection, qui paraît au premier abord plus sérieuse, est tirée de l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article qui exige l'autorisation des Chambres pour l'exercice de poursuites contre les membres du Parlement en matière criminelle et correctionnelle, c'est-à-dire à raison de délits n'ayant aucun rapport avec leurs fonctions. De même, dit-on, qu'un député ou un sénateur ne peut pas être arraché brutalement à la Chambre dont il fait partie, et traduit en Justice sans l'autorisation de celle-ci ; de même, et à plus forte raison, un ministre ne doit pas pouvoir être brusquement enlevé à la gestion des affaires publiques au risque de compromettre l'intérêt supérieur de la nation. — Un tel raisonnement méconnaît la véritable raison de l'immunité parlementaire et de la nécessité de l'autorisation d'une Chambre pour la poursuite d'un de ses membres, destinées essentiellement à assurer l'indépendance et le libre fonctionnement des assemblées et à empêcher le Pouvoir Exécutif d'exercer sur elles une pression ou une intimidation quelconques. D'autre part, il n'apparaît pas que normalement, l'exercice de poursuites contre un ministre soit de nature à causer une perturbation quelconque dans la vie du pays, et, comme l'écrit M. Clos (1), « dans le cours ordinaire des choses, on ne voit pas qu'il soit si malaisé de remplacer un ministre ». Bien au contraire, le renversement et l'écart des affaires d'un ministre capable de com-

(1) CLOS. *De la responsabilité des ministres*, p.127.

mettre des délits de droit commun sera presque toujours pour la nation un bien considérable.

La seule objection sérieuse qui puisse être faite au système que nous défendons, à l'application pure et simple du droit commun aux délits privés des ministres, est la difficulté pratique qu'il y aura à obtenir des magistrats le jugement impartial des plus hauts et des plus puissants fonctionnaires du pays, peut-être même de leur chef hiérarchique direct, si c'est le ministre de la justice lui-même qui est mis en accusation. On verra plus loin, en effet, que parmi les arguments que l'on fait valoir pour enlever aux tribunaux ordinaires la compétence des délits de fonction ministériels, on invoque notamment le manque pratique d'indépendance des magistrats vis-à-vis du Pouvoir Exécutif et le bouleversement des règles de la hiérarchie que représenteraient la mise en accusation et le jugement d'un ministre par ses subordonnés. Or, le même argument ne peut-il pas être invoqué lorsqu'il s'agit de délits privés ministériels, puisque ce sont les mêmes personnages qui sont en cause, sinon les mêmes faits ? Nous ne pensons pas néanmoins qu'il doive faire renoncer à l'application du droit commun pour ces délits privés : on a vu, en effet, qu'il y avait dans le ministre deux hommes distincts, l'homme public et l'homme privé ; ici ce n'est que le second que les magistrats ordinaires seront appelés à juger, il n'y aura donc pas à proprement parler de trouble dans la hiérarchie administrative. Quant au manque d'indépendance pratique des magistrats, il faut remarquer que l'argument n'est pas spécial aux ministres, mais peut également être invoqué pour tous les personnages importants, publics ou privés, dont l'influence peut être redoutable. Le véritable remède à cette situation est dans l'assurance à la magistrature d'une indépendance aussi complète que possible et non dans l'octroi, aussi illogique que peu équitable, d'un régime juridique spécial aux délits privés des ministres.

Le système de l'application pure et simple du droit commun à ces délits a d'ailleurs été adopté par la plupart des constitutions étrangères, à l'exception seulement peut-être du Portugal et de la Belgique : la Constitution portugaise attribue exclusivement à la Chambre des Pairs la connaissance des délits ministériels ; la loi belge de 1865 rend les ministres justiciables de la Cour de cassation et décide qu'une autorisation préalable de la Chambre des représentants sera nécessaire, pour la poursuite des crimes et délits dont ils se rendront coupables. Quant aux conventions, au contraire, elle les défère aux tribunaux ordinaires et n'exige pour leur poursuite aucune autorisation préalable.

§ 2. *Comment faire cette distinction ?*

Le principe de la distinction absolue des délits de fonction et des délits privés des ministres étant posé, il faut maintenant se demander en quoi ces deux catégories des délits diffèrent essentiellement entre elles et comment on peut établir entre elles une ligne de démarcation nette et stable.

Cette ligne de démarcation peut paraître au premier abord parfois fort difficile à tracer : « Il est certain, dit Benjamin Constant (1), que si un ministre dans un accès de passion enlevait une femme, ou si, dans un accès de colère il tuait un homme, il ne devrait pas être accusé comme ministre, mais subir comme violateur des lois communes, les poursuites auxquelles son crime serait soumis par les lois communes, et dans les formes prescrites par elles ». Le meurtre ordinaire et le viol n'ont en effet aucun rapport avec les fonctions ministérielles et constituent évidemment des délits privés. Mais supposons que le ministre assassine

(1) *Op. cit.*, 171.

un rival politique, ou dérobe dans les archives des documents compromettants pour lui : peut-on dire qu'on est ici en présence de délits ou de crimes sans aucun rapport avec les fonctions ministérielles ? Les deux natures apparaissent au contraire à première vue comme inextricablement mêlées. Il est cependant possible de les différencier toujours et d'établir entre les délits privés et les délits de fonction une distinction nette et absolue : ce qu'il faut en effet considérer pour classer un acte ministériel dans une de ces deux catégories, ce ne sont point les mobiles, les motifs intimes de son auteur, mais la nature même de l'acte. Est un délit privé, un délit qui est accompli par le ministre en tant que simple citoyen. Est un délit de fonction, celui qui est accompli par lui en tant qu'agent du Pouvoir Exécutif, agent revêtu pour un temps, forcément limité, des pouvoirs que lui confèrent ses fonctions. Ainsi l'assassinat et le vol restent des crimes de droit commun, même si leur auteur en les commettant a visé un but surtout politique, parce qu'il n'avait certainement pas la possibilité légale de les accomplir en tant qu'agent de la puissance exécutive, de mettre en jeu pour les perpétrer une portion de la puissance publique qu'il détient. Un ordre d'arrestation illégale, au contraire, ou une mesure administrative quelconque attentant à la liberté ou à la propriété d'un citoyen, sont évidemment des actes que les particuliers, même les plus puissants, ne sauraient accomplir et qui nécessitent chez leur auteur la qualité d'agents du Pouvoir Exécutif ; ce sont des délits de fonction.

Cette distinction fondamentale entre ces deux catégories de délits, les seconds étant seuls assujettis à la responsabilité ministérielle spéciale, n'a cependant pas été admise par deux célèbres auteurs du droit constitutionnel, Benjamin Constant et Rossi. Pour Benjamin Constant, la responsabilité ministérielle spéciale ne comprend que « le mauvais usage de la puissance que la loi confère, et les actes qu'elle

autorise » et ne porte pas sur les actes franchement illégaux : « Pour tout ce qui est hors des fonctions ministérielles, dit-il (1), les ministres ne sont pas responsables, mais soumis à la justice ordinaire comme tout autre individu. Or, tous les actes illégaux sont hors des fonctions ministérielles, car les fonctions ministérielles ne confèrent qu'un pouvoir légal... L'expression même de cette responsabilité indique cette distinction. Si je confère à un homme la gestion de ma fortune et qu'il abuse de ma confiance pour faire des opérations évidemment contraires à ma volonté et à mes intérêts, il en est responsable ; mais si ce même homme force mon coffre-fort pour m'enlever une somme que je ne lui aurais pas confiée, on ne dira pas qu'il est responsable, comme mon agent, mais il sera punissable pour atteinte portée à ma propriété... Si la responsabilité portait sur les actes illégaux, il s'ensuivrait que tous les délits privés des ministres rentreraient dans la sphère de la responsabilité.. »

Rossi a soutenu une théorie analogue (2). Il distingue les actes qu'un ministre a mission d'accomplir, ce sont les actes d'administration proprements dits, actes essentiellement ministériels, et ceux qu'un ministre peut faire en sa qualité de ministre, mais sans en avoir le devoir ni même le droit. Ainsi le fait d'envoyer une armée vers les Pyrénées au lieu de la faire marcher sur le Rhin est un acte ministériel, mais le fait de correspondre avec l'ennemi et de lui livrer des plans n'est pas un acte ministériel, susceptible de mettre en jeu la responsabilité spéciale de son auteur.

Ainsi, pour ces deux auteurs, les actes illégaux des ministres, même commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, doivent être assimilés aux délits privés et traités comme tels, les fonctions ministérielles ne conférant jamais qu'un pouvoir légal. Nous avons vu tout à l'heure qu'un

(1) *Op. cit.*, p. 386 et suiv.

(2) *Cours de droit Constitutionnel*, t. IV, p. 376.

délit de fonction se distingue d'un délit privé en ce que le ministre seul, et non les simples particuliers, a la possibilité légale de l'accomplir, en ce qu'il nécessite chez son auteur la qualité d'agent du Pouvoir Exécutif disposant de la puissance publique mise à sa disposition. Et bien, disent Benjamin Constant et Rossi, un ministre n'a jamais la possibilité légale de faire un acte illégal, et il en est de tous les actes que la loi condamne comme un crime de droit commun.

Cette théorie nous semble fausse à un double point de vue. Tout d'abord, en enlevant au domaine de la responsabilité ministérielle spéciale tous les actes illégaux des ministres, elle restreint d'une part considérablement le champ d'application de celle-ci, et elle établit, d'autre part, une distinction arbitraire entre les délits de fonction prévus par la loi et les autres. Il est vrai qu'il existe une différence entre les premiers, qui constituent le domaine de la responsabilité pénale proprement dite, et les seconds, qui forment celui de la responsabilité politico-pénale. Mais il est certain qu'ils ont un caractère prédominant commun : tous deux sont des délits de fonction, accomplis par les ministres en tant qu'agents du Pouvoir Exécutif.

Et, en second lieu, cette théorie établit une confusion entre les actes délictueux faits par les ministres en cette qualité, et ceux qu'ils commettent comme simples citoyens. Certes, il est vrai de dire théoriquement que la loi ne donne jamais la possibilité de mal faire ; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle peut pratiquement donner cette possibilité : un ministre peut fort bien faire mettre un particulier en état d'arrestation illégale, et attenter à sa vie ou à sa propriété. L'ordre illégal donné par lui n'en est pas moins exécutable par ses subalternes, s'il n'est point trop apparemment arbitraire ; il pourra être reconnu plus tard comme tel et annulé, il n'en est pas moins vrai qu'il aura normalement été suivi d'un effet immédiat. En mettant un citoyen

en état de détention illégale, le ministre fait un usage criminel de la puissance publique remise entre ses mains, mais il n'en use pas moins tout de même, et il est bien évident qu'un acte de ce genre diffère essentiellement de celui que commettrait un simple particulier, qui en soumettrait un autre à une séquestration arbitraire. S'il est vrai en un mot que, théoriquement, un ministre n'a jamais la possibilité légale de mal faire, il n'est pas moins certain que, pratiquement, il pourra faire un mauvais usage de la portion de puissance publique qui lui a été confiée. Il ne faut pas confondre l'emploi que le ministre doit faire, en principe, du pouvoir qui lui a été conféré par la loi, et celui qu'il en fait réellement. C'est précisément quand le second diffère du premier que sa responsabilité pénale spéciale est engagée. Mais on ne peut pas nier qu'il y a eu dans les deux cas mise en action de la puissance publique dont le ministre détient une portion.

Ainsi, les termes employés par l'article 12 de la loi du 10 juillet 1875 ont un sens bien précis ; ils ne visent pas les délits ou les crimes commis par les ministres pendant l'exercice de leurs fonctions, ni même à l'occasion de ces fonctions, mais seulement ceux commis dans leur exercice, en utilisant, ou en n'utilisant pas la partie de puissance publique à eux dévolue par la loi.

Passons maintenant à la question la plus importante de ce chapitre, celle de l'étendue même de la responsabilité pénale des ministres pour les crimes commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.

SECTION II

Les crimes ministériels doivent-ils, pour être punissables, être prévus ou non par la loi pénale ?

Que faut-il entendre par ces mots de l'article 12 de la loi du 10 juillet 1875 : « crimes commis dans l'exercice de leurs

fonctions»? Le mot « crimes », ne désigne-t-il que les infractions prévues et punies par le Code pénal, ou bien vise-t-il aussi tous les actes délictueux ou même simplement dommageables à l'intérêt du pays, accomplis par les ministres, quoique non prévus par la loi?

Deux théories sont ici en présence : la théorie du droit commun et celle de l'arbitraire appelée aussi théorie du droit constitutionnel. Toutes deux ont été alternativement adoptées par les diverses constitutions françaises. L'article 12 ne s'étant effectivement prononcé ni pour l'une ni pour l'autre, comment faut-il interpréter le silence du législateur?

Nous verrons dans un premier paragraphe que la théorie de l'arbitraire a été, sans aucun doute, adoptée par la Constitution de 1875 et consacrée d'une façon nette et absolue par la jurisprudence parlementaire.

Nous examinerons, dans un deuxième paragraphe, comment se pose le problème en droit théorique, et quelles sont les diverses solutions qui peuvent y être apportées.

§ 1. — *La théorie de l'arbitraire dans le droit pratique de la Constitution de 1875, et la jurisprudence parlementaire sur ce point.*

La première fois qu'il a été question de mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres sous le régime de notre Constitution, c'est à la suite des événements du 16 mai 1877 et des élections des 14 et 28 octobre de la même année. La Chambre vota le 15 novembre 1877 la nomination d'une commission de 33 membres : « chargée de faire une enquête parlementaire sur les actes qui, depuis le 16 mai, avaient eu pour objet d'exercer sur les élections une pression illégale ». Dans son rapport déposé sur le bureau de la Chambre le 8 mars 1879, le rapporteur général de la commission, M. Brisson, s'exprimait ainsi : « La définition la moins étendue qui puisse être donnée de la responsabilité particu-

lière établie contre les ministres par l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, c'est qu'ils commettent un crime toutes les fois que, en qualité d'agents de la puissance exécutive, ils commettent une violation de la loi.... Il est en outre incontestable, en principe, que la responsabilité d'un ministre se trouve encourue, toutes les fois qu'il fait, même en dehors des qualifications de la loi pénale, un abus criminel du pouvoir qui lui est confié. « Un ministre trahit l'Etat, dit Benjamin Constant, toutes les fois qu'il exerce au détriment de l'Etat son autorité légale ». Telle a toujours été la base principale des accusations pour crimes de trahison ».

Ainsi, avec toute l'autorité que lui conféraient ses fonctions, M. Brisson prenait nettement parti pour la théorie de l'arbitraire. Il soutint à nouveau cette théorie dans son discours prononcé à la séance de la Chambre du jeudi 13 mars. « Conspirer contre la République, déclara-t-il, cela constitue d'abord le crime de trahison, c'est-à-dire une accusation qui, sans doute, n'a pas sa place dans le Code pénal, mais de laquelle toutes les illustrations de la politique libérale : Benjamin Constant, Clausel de Coussergues, Lablley de Pompières, Villemain, et enfin M. le duc de Broglie, le père, ont dit qu'elle était dans le droit de toute assemblée politique. Oui, ces grands écrivains et ces grands orateurs ont dit que dans tout débat sur une mise en accusation, les assemblées exerçaient à la fois aussi bien la Chambre d'accusation que la Chambre de jugement, le pouvoir de législateurs et le pouvoir de juges, qu'elles qualifiaient le crime en même temps qu'elles appliquaient la peine. »

La thèse soutenue par le rapporteur et les conclusions du rapport ne soulevèrent point d'objection à la Chambre. Il est vrai, d'une part, que son affirmation restait purement théorique, puisque la plupart des faits qu'il incriminait dans son rapport sont des infractions prévues et punies par la loi. Il est vrai, d'autre part, que la Chambre ne vota pas

la mise en accusation des ministres Rochefouquet et de Broglie proposée par la commission. Mais comme il n'en est pas moins certain que la Chambre a accepté cette affirmation, toute théorique qu'elle fût dans ce cas particulier, comme, en second lieu, c'est pour des raisons d'ordre purement politique, que développèrent les adversaires des poursuites, que la Chambre ne vota pas la mise en accusation proposée par la commission, on peut affirmer qu'à l'occasion de cette affaire, la jurisprudence parlementaire a adopté la théorie de l'arbitraire dans l'interprétation de l'article 42 de la loi du 16 juillet 1875.

Pareille conclusion peut être tirée de tous les autres incidents parlementaires où il fut question de la mise en accusation de ministres ou d'anciens ministres.

Le 2 décembre 1880, une commission fut nommée pour faire une enquête sur les faits révélés à la charge d'un ancien ministre de la guerre, M. le général de Cissey, au cours du procès Jung-Wæstyne plaidé devant le tribunal correctionnel de la Seine ; ses travaux, commencés aussitôt, furent interrompus et rendus inutiles par le suicide du général. Dans la proposition de nomination de la commission et dans les discussions qui l'accompagnèrent, aucun fait à la charge de l'ancien ministre n'avait été visé d'une façon précise, en dehors des termes généraux de trahison et de concussion.

En 1885, à la suite de nos revers militaires au Tonkin, M. Jules Delafosse, député, proposa à la Chambre la mise en accusation du ministère Ferry pour crime de trahison manifeste envers l'armée et le pays. Cette proposition fut rejetée, mais sans que fût mise en question la théorie du pouvoir discrétionnaire laissé à la Chambre pour qualifier les actes reprochés aux ministres.

Le 12 janvier 1895, la Chambre fut saisie par M. Millebrand, alors député, d'une proposition de mise en accusation de M. Raynal, ancien ministre des travaux publics, pour

crime commis dans l'exercice de ses fonctions. On lui reprochait d'avoir, lors des conventions de 1883 entre l'État et les Compagnies de chemins de fer de l'Orléans et du Midi relatives au renouvellement de la garantie d'intérêt, trahi les intérêts de l'État en laissant prolonger cette garantie jusqu'à 1936. La Chambre vota la nomination de la commission proposée par M. Millerand, ce qui montre bien qu'elle admettait parfaitement la possibilité de poursuites contre un ministre à raison d'une faute lourde commise par lui, mais, sur le rapport de cette commission, elle déclara le 11 février 1896 qu'il n'y avait pas lieu de mettre en accusation M. Raynal.

Le 27 novembre 1895, plusieurs députés demandèrent qu'une commission fût nommée pour examiner la part de responsabilité incombant aux ministres dans les fautes commises lors de l'organisation de l'expédition de Madagascar. Ces propositions furent repoussées par la Chambre, mais seulement pour des raisons d'opportunité, sans que fut combattu le principe de la possibilité d'une sanction pénale appliquée aux ministres pour des faits non prévus par la loi.

Tous ces exemples montrent bien que la théorie de l'arbitraire a toujours été implicitement admise par la jurisprudence parlementaire sous le régime de la Constitution de 1875, puisqu'aucune opposition sérieuse n'a été faite au sein de la Chambre à des propositions de mise en accusation qui, toutes ou presque toutes, visaient des cas non spécialement prévus par la loi, et qui toutes ont été rejetées pour des raisons pratiques, étrangères au principe qui nous occupe.

Mais comme aucune de ces propositions n'avait eu de suite, qu'aucune condamnation, qu'aucune mise en jugement même de ministre n'avait eu lieu sous le régime de notre Constitution, un doute pouvait subsister sur la fermeté de cette jurisprudence, on pouvait se demander si le Parle-

ment n'hésiterait pas à appliquer en fait le principe qu'il avait admis, théoriquement à diverses reprises, à exercer des poursuites contre un ministre, à raison des faits non prévus par la loi pénale. La condamnation prononcée contre M. Malvy, ancien ministre de l'intérieur, par la Cour de Justice, ne peut plus laisser subsister ce doute, elle est la consécration nette et absolue de la théorie de l'arbitraire et la preuve complète de son adoption par notre jurisprudence parlementaire.

On sait dans quelles conditions M. Malvy, accusé de trahison par M. Léon Daudet, comparut devant la Cour de Justice; celle-ci, réunie en Chambre du Conseil, le lundi 5 août 1918, écarta la double accusation relative : 1^o à la livraison du plan d'attaque du Chemin-des-Dames; 2^o aux mutineries de Cœuvres, et ne suivit pas M. le Procureur général Mérillon dans la question de complicité de trahison que ce dernier avait retenue. M. le député Flandin ayant alors posé la question suivante : « M. Malvy est-il coupable d'avoir, depuis moins de dix ans, sur le territoire de la République et dans l'exercice de ses fonctions, commis le crime de « forfaiture » prévu par le Code pénal ? ». La Cour de Justice adopta cette motion, le lendemain 6 août, par 101 voix contre 81.

L'audience étant redevenue publique, M. Dubost lut l'arrêt de la Cour de Justice, arrêt qui, avons-nous dit, est la consécration de la théorie de l'arbitraire :

Attendu, en effet, dit-il, « qu'il appartient donc à la Cour de Justice, usant du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1873, ainsi qu'elle l'a décidé, de qualifier les faits et de déterminer la peine ;

Attendu que l'article 167 du Code pénal prévoit et punit la forfaiture ;

Par ces motifs :

..... Déclare Malvy (Jean) coupable d'avoir, dans l'exercice de ses fonctions de ministre de l'intérieur, de 1914 à

1917, méconnu, violé et trahi les devoirs de sa charge dans des conditions le constituant en état de forfaiture, et encouru les responsabilités criminelles prévues par l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 ».

M. le Procureur général Mérillon, dans ses réquisitions écrites du 28 janvier 1918, avait pris nettement parti pour la thèse du droit commun. « Le doute ne paraît point possible, ni en droit ni en fait, disait-il, il faut un crime prévu par la loi pénale, et il est nécessaire que ce crime ait été commis, par les ministres, dans l'exercice de leurs fonctions..... ». Néanmoins, dans son réquisitoire du 2 août 1918, il trouva le moyen, sans se rallier nettement à la solution opposée, d'en admettre au moins la possibilité juridique, trouvant même qu'elle était plus conforme à la réalité des choses, et, se cantonnant dans les faits, il laissa à la Cour de Justice le soin de trancher la question de droit.

Cette question de droit, la Cour de Justice l'a pleinement tranchée, et dans le sens de la théorie de l'arbitraire. Déjà son arrêt du 28 janvier 1918 pouvait donner une indication sérieuse dans ce sens : « Attendu, dit-il, que la compétence de la Cour de Justice est nettement définie par la loi constitutionnelle, qu'il faut et qu'il suffit que l'accusation relève contre le ministre un fait qualifié crime... ». La rédaction de ce texte n'est nullement contraire à la thèse de l'arbitraire; si le Sénat avait voulu le condamner, il se serait exprimé ainsi : « il faut et il suffit que l'accusation relève contre le ministre un fait qualifié crime par la loi pénale ». « Or, écrit M. Barthélemy (1), ces quatre mots manquent à la rédaction finale, et nous croyons savoir, en dépit du secret des délibérations, que c'est intentionnellement qu'ils ont été omis. Ils figuraient dans le projet d'arrêt et ont été enlevés à dessein dans l'arrêt définitif, le Sénat vou-

(1) La mise en accusation du Président de la République et des ministres. *Revue du droit public*, année 1918.

lant, par cette omission, éviter de se prononcer sur cette difficile et importante question ». Le lundi 5 août 1918 la Cour de Justice, réunie en Chambre du Conseil, vota le principe de la « souveraineté », après de longues discussions, auxquelles prirent part MM. Collin, Bepmale, Henri Chéron. Enfin son arrêt du 6 août, qui fait d'ailleurs allusion à cette décision prise par elle la veille : «...La Cour de Justice, usant du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, ainsi qu'elle l'a décidé, de qualifier les faits et de déterminer la peine », est une application nette et absolue de ce principe.

Si on examine en effet cet arrêt, on remarque que la Cour de Justice a qualifié forfaiture des faits forts graves en eux mêmes, mais qui ne sont prévus ni par le Code pénal, ni par aucune loi spéciale. Il est certain que l'article 166 du Code pénal : « Tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture », ne saurait permettre à lui seul légalement la poursuite d'un fait qui ne serait incriminé par aucun autre texte. C'est une disposition inutile et vaine, qui n'a aucun sens positif dans notre droit pénal en présence des principes qui règlent si strictement les attributions des juges. Il en est de même d'ailleurs de l'article 167 qui prononce la dégradation civique contre toute forfaiture pour laquelle la loi ne prévoit pas de peine plus grave. « Il est bien clair, dit M. Garçon (1), que le juge ne pourrait, en se fondant sur ces dispositions, prononcer la dégradation civique contre un fonctionnaire quelque grave que fût sa faute, si elle n'était pas incriminée comme crime par un texte spécial ». Nous verrons d'ailleurs plus loin que, même en admettant que l'article 166 ait une signification pratique et qu'on puisse en se basant sur lui qualifier forfaiture des faits non prévus par la loi, il n'en est pas moins vrai que l'arrêt du 6 août aurait encore manifes-

(1) GARÇON. *Code pénal annoté*, sous les art. 166 et suiv.

tement violé les dispositions de l'article 167 en condamnant M. Malvy au bannissement, alors que ce dernier ne prévoit que la dégradation civique.

Si donc la Cour de Justice était une juridiction ordinaire, il n'est pas douteux que son arrêt serait complètement illégal. Mais nous avons vu qu'elle a revendiqué un pouvoir souverain ; elle n'a pour déclarer réunis les éléments de l'infraction invoqué aucun texte du Code pénal, et n'a pas cité dans son arrêt l'article de loi qu'elle appliquait au condamné. Elle s'est, en un mot, ralliée d'une façon nette et absolue à la théorie de l'arbitraire.

Cette théorie ainsi adoptée par notre jurisprudence parlementaire est-elle légale ? est-elle conforme aux intentions du législateur de 1875 ? M. Duguit, notamment, lui reproche d'être entachée d'illégalité (1). « S'il est une règle du droit français moderne, dit-il, qui ait été solennellement proclamée, c'est assurément celle-ci : nul ne peut être condamné que pour un fait prévu et défini par la loi... qu'on lise l'article 8 de la Déclaration des Droits de 1789... et l'article 4 du Code pénal... ». Où trouve-t-on, ajoute-t-il, dans l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, une dérogation à ce principe ? ; la Constitution crée bien une juridiction d'exception, mais ne lui donne pas un pouvoir dépassant celui des juridictions de droit commun. — D'ailleurs, continue M. Duguit, cela est absolument évident aujourd'hui depuis le vote des lois de procédure devant la Cour de Justice du 10 avril 1889 et du 5 janvier 1918. L'article 23 de la loi de 1889 s'exprime en effet ainsi : « Les dispositions pénales relatives au fait dont l'accusé sera déclaré coupable, combinées s'il y a lieu avec l'article 463 du Code pénal, seront appliquées sans qu'il appartienne au Sénat d'y substituer de moindres peines » D'autre part, l'article 10 de

(1) *Revue politique et parlementaire*, 10 août 1919. « L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy ».

la loi du 5 janvier 1918 dit : « Les dispositions du Code d'Instruction criminelle ainsi que toutes les dispositions de la loi du 10 avril 1889 non contraires à la présente loi sont applicables devant le Sénat constitué en Cour de Justice, etc... ». L'article 23 de la loi de 1889 lui aussi est applicable en cas de mise en accusation d'un ministre et par conséquent le Sénat ne peut condamner un ministre que pour un crime prévu par la loi, à la peine prononcée par cette loi. Ainsi, pour M. Duguit, la théorie de l'arbitraire est contraire non seulement à la Déclaration des Droits de l'Homme et au Code pénal, mais encore à la loi du 5 janvier 1918 elle-même

M. Duguit adresse en deuxième lieu à l'arrêt de la Cour de Justice une autre série de critiques qui visent non plus la théorie de l'arbitraire, mais l'arrêt considéré en lui-même, et que nous ne signalons qu'en passant : Cet arrêt, dit-il, est profondément incohérent : pourquoi invoquer l'article 166 du Code pénal qui est une simple déclaration, susceptible d'aucune application pratique. Pourquoi invoquer l'article 167 et ne pas l'appliquer ? Il faut reconnaître que ces reproches sont en effet fondés : « Le Sénat, écrit M. Barthélemy (1), a l'air de douter de sa propre doctrine, il prétend montrer qu'il se tient près de la loi. Mais en matière pénale surtout, quand on n'est pas dans la loi, on en est en dehors, et alors l'invoquer n'a d'autre effet que de souligner qu'on la viole... ». Il faut reconnaître aussi que l'expression de « souveraineté », dont s'est servie la Cour de Justice, et que critique vivement M. Duguit, est très malheureuse et très inexacte. La Cour de Justice n'est pas souveraine, au sens absolu du mot, puisqu'elle ne se réunit ni quand ni comme elle veut, elle ne peut l'être qu'en ce sens que, comme la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat, elle rend des décisions sans appel.

(1) *Op. cit.*

Abstraction faite de ces faiblesses toutes formelles et toutes relatives, et qui d'ailleurs sont étrangères à la théorie de l'arbitraire elle-même, nous pensons que, contrairement aux affirmations de M. Duguit, cette théorie consacrée par la jurisprudence parlementaire, et notamment par l'arrêt du 6 août, est parfaitement légale : Elle est légale si elle a été adoptée par le constituant de 1875 ; il est certain en effet que les lois particulières peuvent établir des dérogations aux principes généraux, et par conséquent que la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 a pu créer une exception au principe posé par l'art. 8 de la Déclaration des Droits et par l'art. 4 du Code pénal. Ce qu'il faut donc faire pour juger la légalité d'une théorie juridique appliquée sous le régime de la Constitution de 1875, ce n'est pas seulement rechercher si elle est ou non conforme aux principes généraux posés par cette Déclaration des Droits et le Code pénal, mais encore chercher à dégager la volonté des auteurs de la Constitution et voir s'il n'ont pas voulu, suivant en cela une tradition établie de longue date, créer précisément une dérogation à ces principes généraux.

Pour dégager cette volonté du constituant, il faut non pas s'attacher au sens purement grammatical des termes qu'il emploie, mais se reporter aux solutions admises par les Constitutions antérieures, dont la Constitution de 1875 est issue ; celle-ci a en effet adopté le plus souvent ces solutions très brièvement ou même implicitement. L'argument développé par M. Duguit, et d'après lequel il faut conclure du silence de la loi que le droit commun doit s'appliquer ici, apparaît donc comme dénué de valeur ; ce que l'on doit plutôt déduire de ce silence, c'est l'application du droit antérieur, en usage sous les précédentes Constitutions.

Ces Constitutions dont s'est inspiré la Constitution de 1875, ce ne sont certainement pas celles de la Révolution et de l'Empire ; d'ailleurs la controverse qui nous occupe ne se conçoit qu'en présence d'un régime qui admet pleinement

le gouvernement de cabinet; il est incontestable, en effet, que la théorie de l'arbitraire ne peut se soutenir que si on se trouve en face de ministres qui ont toute la responsabilité du gouvernement et qui ont seuls cette responsabilité. Il ne faut pas s'arrêter davantage aux constitutions du second empire qui a surtout emprunté les principes du premier, et qui est venu trop tard à la vie parlementaire pour en avoir fait une expérience concluante. C'est donc sous le régime des deux Chartes qu'il faut étudier les précédents de la question qui nous occupe, le gouvernement parlementaire s'étant introduit en France avec la Charte de 1814, et ayant acquis son plein développement sous la monarchie de Juillet avec la Charte de 1830.

La Charte de 1814 disait dans son art. 55 : « La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Chambre des Pairs, qui seule a celui de les juger », et dans son art. 56 : « Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits et en détermineront la poursuite ».

Ces lois particulières n'ont jamais été votées, mais elles ont provoqué devant les Chambres des discussions intéressantes qui forment la jurisprudence parlementaire de la question. En 1814, en 1817, en 1819, des propositions de loi furent faites tendant à réaliser la promesse de la Charte, mais visant surtout les questions de procédure. M de Serre, l'auteur de la dernière proposition, dans un discours auquel il ne fut pas répondu, soutint fortement la thèse de l'arbitraire. Le 14 juin 1828, Labley de Pompierre demande à la Chambre de décréter la mise en accusation du ministère de Villèle ; lui aussi est partisan de la théorie de l'arbitraire et déclare que le fait que les lois annoncées par l'art. 56 n'ont pas été votées, ne doit pas être un obstacle à l'exercice des poursuites. — Enfin et surtout, dans le procès des ministres de Charles X, le seul auquel ait donné lieu la res-

ponsabilité pénale des ministres, avant celui de M. Malvy, c'est encore la théorie de l'arbitraire qui fut adoptée. Le 27 décembre 1830, lors de la discussion générale sur le projet de résolution de la commission nommée à la suite de la demande de mise en accusation de M. de Salverte, les partisans de cette théorie ne rencontrèrent pas à proprement parler de contradicteurs. Les députés qui s'opposèrent à la mise en accusation étaient guidés uniquement par des préoccupations politiques. Labley de Pompierre et Villemain surtout développèrent la théorie de l'arbitraire ; le second aurait voulu que le seul mot de trahison fut inscrit sur la résolution envoyée à la Chambre des Pairs : « La conscience de la Chambre des pairs n'en sera que plus à l'aise, car se trouvant affranchie des définitions légales qui entraveraient son examen, elle serait maîtresse d'apprécier tous les faits quelconques susceptibles de présenter le caractère de trahison..... ». Son amendement fut repoussé à une faible majorité et le projet de la commission fut adopté. Dans son arrêt de condamnation, la Cour des Pairs ne fit mention expressément que du crime de trahison. Dans les considérants, il est vrai, elle fit allusion à la violation des lois ordinaires, et pour prononcer la peine, elle cita les articles du Code pénal qui la contenaient. Mais cette citation est absolument théorique ; en réalité, le crime de trahison n'ayant pas été défini par une loi spéciale et n'étant pas prévu par le Code pénal, la Cour des Pairs n'a pu pour déclarer réunis les éléments de l'infraction invoquer aucune disposition légale ; elle a qualifié de trahison des faits non prévus par la loi pénale, comme, par exemple, le fait d'avoir donné au roi des conseils pernicieux. Nous verrons aussi qu'elle a adopté la théorie de l'arbitraire dans la détermination de la peine. L'arrêt de la Cour des Pairs est donc en fait, sinon en apparence, une consécration pratique de cette théorie.

La Charte de 1830 reproduisait les dispositions de celle de 1814 en termes plus généraux : la Chambre pouvait accuser les ministres et les traduire devant la Chambre des Pairs. Elle promettait aussi une loi sur la responsabilité des agents du Pouvoir. Un projet de loi sur la responsabilité ministérielle fut déposé par M. Barthe en 1832, un autre par M. Persil en 1835 ; ils furent l'occasion de nouvelles discussions entre partisans et adversaires de la théorie de l'arbitraire. Celle-ci fut notamment défendue par M. Rauter, St-Marc, Girardin, Maleville, Odilon-Barrot, attaquée surtout par M. Hennequin. Aucun de ces projets n'aboutit, et les choses en restèrent là.

Ainsi la théorie de l'arbitraire a été en grande faveur sous le régime des Chartes. On a voulu nier qu'elle ait pleinement triomphé à cette époque. Les deux Chartes, a-t-on dit, promettaient une loi destinée à réglementer et à définir les crimes ministériels ; après toutes les discussions qui se sont engagées à ce sujet sous leur empire, la Chambre a toujours adopté en principe les projets ou les propositions de loi qu'on lui a présentés et qui tendaient à réaliser cette promesse. C'est donc qu'elles réprouvaient au fond la théorie de l'arbitraire. Ce raisonnement repose sur une confusion : nous verrons en étudiant la question en droit théorique que le problème de la nécessité d'une loi spéciale pour la punition des crimes ministériels est indépendant de celui qui nous occupe actuellement, le seul qui puisse se poser en droit pratique : en l'absence de cette loi spéciale le droit commun peut-il et doit-il suffire, ou bien la Haute Cour peut-elle qualifier crimes des faits non prévus par la loi pénale ? Contentons-nous donc de remarquer en fait que la théorie de l'arbitraire a été appliquée par la Cour des Pairs dans le seul cas où une condamnation est intervenue contre des ministres et qu'elle a été énergiquement soutenue par la plupart des orateurs éminents de la Chambre lors des discussions engagées devant elle à ce sujet.

Cela étant, et si l'on ajoute que cette théorie a été formellement édictée par l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, sous l'influence personnelle de Benjamin Constant, qu'elle était enfin couramment appliquée à cette époque dans le droit anglais dont l'influence sur les Chartes n'est pas douteuse, on voit que les précédents, dont la Constitution de 1875 s'est si puissamment inspiré, sont unanimes en faveur de la thèse de l'arbitraire.

L'argument tiré des précédents, argument qui a ici une force toute particulière, étant données les conditions de rédaction spéciales de la Constitution de 1875, qui comme nous l'avons vu a adopté souvent très longuement ou même implicitement des solutions parfois grosses de conséquences, n'est pourtant pas le seul que l'on puisse invoquer en faveur de l'adoption de la thèse de l'arbitraire pour la Constitution de 1875.

Comme le fait remarquer M. Esmein (1), la plupart des Constitutions qui ont admis cette thèse ont déferé les accusés à une Assemblée politique. « Or, c'est ce qu'ont fait aussi nos lois constitutionnelles de 1875. Elles ont marqué par là que, dans ce cas, le jugement du Sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, devait être avant tout un jugement politique, et que les actes des ministres devaient, en toute justice, bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques ».

Un argument puissant par analogie peut également être tiré du fait que, d'après la Constitution, le Président de la République peut être mis en accusation pour « haute trahison ». Il est certain que, ce crime n'étant prévu par aucune loi pénale, le Sénat constitué en Cour de Justice aurait pour juger le Président de la République un entier pouvoir d'appréciation. Puisqu'une telle dérogation est établie par la Constitution de 1875 au droit commun de la Déclaration

(1) *Cours de droit constitutionnel français et comparé*, p. 843.

des Droits et du Code pénal en ce qui concerne le jugement du Président de la République, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les ministres dont le cas présente avec le sien tant d'affinités?

Enfin un dernier argument en faveur de notre thèse peut être tiré du silence même du législateur. Ce serait en effet lui prêter un oubli impardonnable, surtout en présence de l'insuffisance du droit commun, que d'expliquer le lachisme de l'article 12 autrement que par la volonté de son auteur de consacrer les solutions précédentes admises par le droit antérieur dont est issue la Constitution de 1875.

Ainsi l'étude de cette Constitution, étude éclairée à la lueur des précédents, permet d'affirmer qu'elle a bien voulu établir une dérogation au principe posé par la Déclaration des Droits de l'Homme et par le Code pénal, et consacrer la théorie de l'arbitraire pour le jugement des crimes ministériels.

Mais il faut maintenant répondre à la deuxième objection formulée par M. Duguit, celle qui est tirée de la comparaison de l'art. 23 de la loi du 10 avril 1889, avec l'article 10 de la loi du 5 janvier 1918. Est-il vrai que la combinaison de ces deux textes rendent caduque la théorie de l'arbitraire et fasse rentrer dans le droit commun le jugement des crimes ministériels? Certainement non: l'article 23 de la loi de 1889 a un but bien précis, que le rapporteur de la loi, M. Morellet, a indiqué très clairement. « L'abandon de cette espèce de droit de grâce que s'était arrogé la Cour des Pairs sous le nom de pouvoir modérateur..... qui avait perdu la plus grande raison d'être depuis que les circonstances atténuantes, étaient venues donner à l'application des peines une élasticité plus juste et plus humaine ». Il ne faut pas confondre ce « pouvoir modérateur » qui concernait uniquement l'application de la peine avec ce que l'on a appelé, fort improprement d'ailleurs, le « pouvoir législatif », et qui n'est autre que le pouvoir d'incriminer un acte ministériel en

l'absence d'un texte. Or l'article 23 de la loi de 1889 ne vise évidemment que la suppression du « pouvoir modérateur ». Cela résulte d'abord de son esprit, attesté par le rapport de M. Morellet. Cela résulte en second lieu de ses termes mêmes : « Les dispositions pénales relatives au fait dont l'accusé sera déclaré coupable, etc. ». Ainsi pour qu'il puisse s'appliquer il faut qu'il y ait des dispositions pénales prévoyant l'infraction et la peine, ce qui est précisément contraire à l'hypothèse où la Cour de Justice incrimine un acte ministériel dans le silence des textes. D'ailleurs l'article 23 ne concerne que les attentats commis par les particuliers contre la sûreté de l'Etat, c'est-à-dire un cas où il n'a jamais été question d'attribuer à la Cour de Justice le pouvoir d'incriminer des faits non prévus par la loi pénale ; il ne pouvait donc viser que le pouvoir modérateur. Et il n'a pas pu prendre en 1918 un sens qu'il n'avait pas en 1889. — Il serait étrange au surplus qu'une réforme aussi importante que la suppression du droit du Sénat d'incriminer des faits non prévus par la loi pénale ait été accomplie dans une loi de procédure, ne visant pas directement les crimes ministériels.

Ainsi les lois de 1889 et de 1918 n'ont pas supprimé le droit du Sénat d'incriminer des actes ministériels dans le silence des textes, et la théorie de l'arbitraire, consacrée par la Constitution de 1875, reste aujourd'hui parfaitement légale.

Mais est-elle la meilleure solution de la question en droit théorique ; que faut-il penser d'elle en se plaçant non plus au point de vue du texte même de la Constitution de 1875, mais à celui de la logique et de l'équité ? C'est ce que nous allons examiner dans un deuxième paragraphe.

§ 2. — *La théorie de l'arbitraire en droit théorique.*

De nombreuses critiques ont été formulées contre le principe de l'arbitraire, au nom de la logique et de l'équité,

par les partisans de deux théories qui présentent pourtant entre elles des différences notables, et que l'on peut appeler celle du *droit commun pur* et celle de la *définition*.

D'après la thèse du *droit commun pur*, les ministres étant des citoyens comme les autres ont droit à toutes les garanties que présente l'application, et l'application exclusive des lois ordinaires.

Ils reprochent à la théorie de l'arbitraire d'être à la fois contraire aux principes généraux du droit, inutile et injuste :

Contraire aux principes généraux du droit, car elle viole le principe qui est à la base du droit pénal dans toutes les nations civilisées : *nulla pœna sine lege*, nul citoyen ne peut être puni que dans les cas prévus et définis par la loi pénale. Nous avons vu les arguments tirés à ce sujet par M. Duguit de l'art. 8 de la Déclaration des Droits de 1789 et de l'art. 4 du Code pénal.

Inutile, car le développement de la responsabilité politique permet aujourd'hui d'atteindre facilement, sans qu'il soit besoin de recourir à une mise en accusation, le but principal que visaient autrefois les partisans de la thèse de l'arbitraire, Benjamin Constant notamment, l'écart du pouvoir d'un ministre dont la politique n'a plus l'assentiment du Parlement. Qu'est-ce en effet que « l'ensemble des actes » des ministres et la « tendance de leur administration » que Benjamin Constant fait rentrer dans le domaine de la responsabilité pénale, sinon ce que nous considérons aujourd'hui comme la politique de ces ministres ? Ce sont cet ensemble et cette tendance que jugent politiquement les Chambres, aujourd'hui, quand elles discutent une interpellation sur la politique générale du cabinet. Une confusion qui était possible à l'époque de Benjamin Constant, où la responsabilité politique était encore à l'état embryonnaire, ne l'est donc plus aujourd'hui. Il faut distinguer nettement les actes délictueux des ministres qui doivent être régis

uniquement par le Code pénal et les lois ordinaires, et leurs actes politiques ; ces derniers, même lorsqu'ils constituent des faits dolosifs ou dommageables à l'intérêt du pays, ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une sanction pénale.

Injuste, enfin, car les ministres ont droit aux mêmes garanties légales que les autres citoyens. « Dès que le droit criminel sort de la barbarie, écrit M. Clos (1), une des premières règles que dicte l'idée de Justice, c'est que nul ne peut être puni que dans les cas définis et prévus par la loi pénale : c'est ce principe qu'on écarte en ce qui concerne les ministres, comme s'ils n'étaient pas des citoyens, et, à ce titre, n'avaient pas droit aux garanties d'une bonne justice, comme si en acceptant ces fonctions, ils se mettaient hors la loi ? Et c'est justement à des hommes que leur position même expose aux plus vives attaques de l'esprit de parti, à encourir des condamnations dictées par les passions politiques, que l'on refuse cette protection jugée indispensable pour les citoyens ! ». Qu'on n'invoque pas, ajoute-t-on, la raison d'État, la nécessité de ne pas laisser certains crimes impunis : un intérêt, si respectable qu'il soit, même celui de l'État, ne peut être mis en balance avec un droit.

Telles sont les critiques que les partisans de la thèse du droit commun adressent à celle de l'arbitraire. Mais ils combattent aussi la théorie que l'on peut appeler : *de la définition* et d'après laquelle une loi spéciale est nécessaire pour la répression des crimes ministériels.

A quoi bon prévoir, assure M. Pinheird Ferreira (1), dans une loi spéciale, les délits commis par les ministres, puisque l'application pure et simple du droit commun suffit si largement à tous les besoins : Ou bien ces délits sont déjà

(1) *Revue Félix*, 1835. De la responsabilité des ministres.

(1) CLOS. *La responsabilité des ministres*.

prévus et punis par le Code pénal, et alors une loi spéciale est inutile ; ou bien ils ne le sont pas, c'est qu'alors ils sont trop peu importants pour comporter une sanction pénale. Qu'on examine ajoute-t-on les projets ou les propositions de lois qui ont été si souvent et si vainement déposés sur les bureaux des Chambres et qui visaient la répression spéciale des crimes ministériels, on verra que leur dispositions font généralement double emploi avec celles du Code. Pourquoi donc dans ces conditions renoncer à l'incalculable avantage de l'application pure et simple du droit commun à ces crimes ministériels ? La responsabilité politique, et au besoin la responsabilité civile des ministres suffiront largement pour sanctionner leurs fautes ou leurs faits dolosifs trop peu importants pour faire l'objet d'une sanction pénale.

Telles sont les critiques formulées par les partisans de la théorie du droit commun pur et simple tant contre celle de l'arbitraire que contre celle de la définition.

Les adeptes de cette dernière partagent les préventions des précédents contre le système de l'arbitraire. Comme eux, ils le considèrent comme contraire aux principes généraux du droit, injuste, inutile aussi pour obtenir le renversement des ministres, par suite du développement de nos mœurs parlementaires. Mais, ajoutent-ils, il n'en est pas moins vrai qu'un grand nombre d'infractions, propres aux fonctions ministérielles ne sont pas prévues par les lois pénales de droit commun : tels sont par exemple les actes ayant pour but d'entreprendre une guerre sans l'autorisation du Parlement, le fait de laisser entrer sur le sol national des troupes étrangères, de dépasser les crédits législatifs, d'influer sur la hausse ou la baisse des fonds publics, de suspendre l'exécution des lois au profits de criminels notoires, etc.

Peut-on soutenir que ce sont là des faits trop peu graves pour mériter une sanction pénale, que la perte du pouvoir

ou même une réparation civile en sont une répression suffisante ? Il suffit de lire par exemple les protestations que publient chaque année les comptes rendus officiels de la Cour des comptes contre les dépassements des crédits législatifs pour être convaincus que la responsabilité politique et la responsabilité civile sont impuissantes à empêcher le retour d'abus de ce genre, et qu'une sanction pénale serait ici fort désirable. Et comme cette sanction ne doit pas être laissée à l'arbitraire du Sénat constitué en Cour de Justice, le vote d'une loi spéciale est la seule solution capable de concilier les intérêts de l'Etat d'une part, les principes généraux du droit et l'équité de l'autre. Qu'on ne dise donc pas que les dispositions de cette loi spéciale feront forcément double emploi avec celles du Code pénal et des lois ordinaires ; il suffit pour se convaincre du contraire d'examiner par exemple la proposition de la loi déposée à la Chambre des députés par M. Pascal Duprat en 1878, et qui rangeait sous trois chefs principaux : *Haute trahison, concussion, prévarication*, les infractions des ministres ; elle visait en effet un grand nombre de délits, tels que celui d'opposer au Parlement des obstacles paralysant son action, de tenter par des manœuvres d'obtenir des votes dans les Chambres, d'influer sur les élections, de compromettre sciemment les intérêts de l'Etat par la violation ou l'inexécution des lois, etc., qui ne sont prévus ni par le Code pénal ni par les lois particulières.

Une loi spéciale pour la répression des délits ministériels est donc loin d'être superflue ; sa nécessité ne peut au contraire faire aucun doute. Et, ajoutent les partisans de la thèse de la définition, elle est non seulement nécessaire, mais suffisante ; qu'on ne dise pas que les actes du pouvoir ministériel ne pourront jamais tous être saisis par une loi pénale précise à cause de leur variété infinie. Il serait étrange que le législateur qui a défini d'une manière complète et précise les délits que peuvent commettre les particuliers ne

puisse en faire autant pour les seuls délits ministériels. Si l'on jette d'ailleurs un coup d'œil sur les mises en accusation de ministres qui ont eu lieu aux diverses époques de l'histoire, celle du ministre anglais lord Melville en 1805, des ministres de Charles X en 1830, de M. Teste en 1847, de deux ministres grecs en 1875, du ministre Belknap aux Etats-Unis en 1876, des membres des ministères de Broglie et de Rochebouet en 1876, etc., on voit qu'elles ont eu lieu, au fond, toujours pour les mêmes faits : concussion, prévarication, violation des lois existantes et de la Constitution, etc., faits qui tous peuvent être facilement prévus et définis par une loi pénale.

Tels sont les arguments développés par les adeptes de la thèse de la définition.

Avant d'examiner ceux qui sont formulés par les partisans du principe de l'arbitraire, il importe de faire observer que cette théorie, simple en apparence, peut en réalité se dédoubler en deux théories bien distinctes, que l'on peut appeler celle de *l'arbitraire pur*, et celle de *l'arbitraire restreint*. On peut penser, en effet, que même lorsque le crime ministériel est prévu par la loi et qualifié par elle, il appartient à la Cour de Justice de sortir des termes de la loi écrite et de ne tenir aucun compte de ses prescriptions. On peut au contraire soutenir que, dans ce cas, la Cour de Justice est, comme les juridictions de droit commun, complètement liée par les textes, et que son pouvoir spécial se borne à créer le délit quand le Code pénal et toute autre loi répressive sont muets. La première interprétation a été soutenue notamment par le comte de Bâstard, lors du procès des ministres de Charles X. en 1830. « La Chambre des Pairs, disait-il, a le pouvoir et le droit de s'affranchir des prescriptions étroites de la loi écrite, et de n'écouter que les règles de l'équité et de la raison... Le Code pénal est hors du procès ; pour être équitable et conséquent, il faut écarter ses dispositions, puisqu'on ne tient aucun compte

de son silence ». Cette théorie, qui n'a d'ailleurs été soutenue qu'exceptionnellement et n'a jamais donné lieu à une application pratique, est absolument inadmissible. Les raisons puissantes qui militent en faveur de l'adoption de la théorie de l'arbitraire dans le silence de la loi, raisons basées essentiellement sur une idée de nécessité et de justice, ne peuvent plus être invoquées ici. Puisque la loi a prévu et défini l'infraction ministérielle, pourquoi la violer? Qu'on ne dise pas que la qualité de ministre aggravant singulièrement un délit et lui donnant toujours un caractère spécial, il y a intérêt à laisser la Cour de Justice qualifier librement la faute commise : il suffit qu'elle puisse librement se mouvoir entre le minimum et le maximum de la peine prévue pour être à même de proportionner le châtiment à la culpabilité du délinquant. D'ailleurs, la loi elle-même a prévu souvent une aggravation de la peine dans le cas où l'acte délictueux est commis par certains fonctionnaires d'un rang élevé. Nous repoussons donc cette théorie comme illégale, injuste et inutile. Mais il y avait intérêt à bien la distinguer de celle de l'arbitraire restreint, la seule dont nous nous occuperons désormais, car presque toujours elles ont été confondues, et les critiques légitimes que mérite celle-là ont été à tort adressées à celle-ci.

Ceci posé, il est facile de répondre en premier lieu aux arguments développés par les partisans du système du droit commun pur.

La théorie de l'arbitraire n'est *pas illégale*, pas contraire aux principes généraux du droit : un principe général peut subir une dérogation par le fait d'une loi particulière. Il est vain d'affirmer qu'elle viole le principe de droit pénal : *nulla pœna sine lege*, puisque précisément une loi, analogue à celle du 16 juillet 1875, peut parfaitement autoriser d'une façon générale, la poursuite des actes ministériels même non directement prévus par la loi pénale. Sous le

régime d'une telle loi, la théorie de l'arbitraire sera donc parfaitement légale.

Elle n'est *pas inutile*, elle est au contraire profondément nécessaire : nécessaire tout d'abord, et surtout en l'absence d'une loi spéciale réglementant les délits ministériels, pour permettre à la Cour de Justice d'infliger une sanction pénale à des faits, forts graves certes, mais que le Code n'a pourtant pas prévus. On peut reprendre ici, contre la thèse du droit commun, toute l'argumentation que nous avons vu développée tout à l'heure par les partisans de la théorie de la définition.

Nécessaire, en second lieu, parce que seule (toujours en l'absence d'une loi spéciale), elle permet d'étendre le domaine de la responsabilité pénale, car il est bien certain que d'après la thèse du droit commun, ce domaine est strictement et limitativement déterminé par les textes du Code. Seule la théorie de l'arbitraire permet de donner un sens pratique à cette responsabilité politico-pénale dont nous avons parlé, et qui tient le milieu entre la responsabilité pénale proprement dite et la responsabilité politique. Elle est donc nécessaire pour les mêmes raisons que cette responsabilité elle-même. Nous avons vu, en effet, que la responsabilité politique ne permet pas d'atteindre toujours le but essentiel auquel il importe d'arriver : l'éloignement des affaires publiques d'un ministre indésirable ; suffisante lorsqu'il s'agit de renverser momentanément du pouvoir un ministre dont la politique a cessé de plaire au Parlement, elle est impuissante à écarter définitivement de la vie publique un ministre incapable ou malhonnête, dont la gestion a constitué un danger grave pour le pays, et cela par suite surtout de notre usage parlementaire des courts ministères, qui permet à un ministre renversé du pouvoir d'y revenir à bref délai. Benjamin Constant avait, dès 1875, parfaitement compris cette utilité de la responsabilité pénale ; il est faux de prétendre qu'il l'ait confondue avec

la responsabilité politique, il avait au contraire envisagé, dès cette époque, la naissance et le développement de celle-ci : « Lorsque nous aurons (1), écrivait-il, ce que nous n'avons point encore, mais ce qui est d'une nécessité indispensable dans toute monarchie constitutionnelle, je veux dire un ministère qui agisse de concert, une majorité stable... nul ministre ne pourra se maintenir s'il n'a pour lui le plus grand nombre des voix... », mais elle ne lui paraissait pas suffisante pour assurer l'éloignement complet du pouvoir du ministre coupable. Nous avons déjà vu qu'après avoir cru pendant longtemps la responsabilité politique toujours efficace et toujours suffisante, il semble qu'on revienne maintenant à la théorie de Benjamin Constant et qu'on ait une tendance à étayer, à compléter, à remplacer au besoin cette responsabilité par la responsabilité pénale, ou plutôt par la branche de cette responsabilité, que nous avons appelée politico-pénale et qui sanctionne les dolis et les fautes lourdes des ministres commis sans qu'il y ait violation d'aucun texte de loi. Or, le développement de cette dernière n'est évidemment possible que si on adopte la théorie de l'arbitraire.

Cette théorie, enfin, n'est *pas injuste*, toujours pour la même raison, parce qu'elle est la condition du développement de la responsabilité pénale. Nous avons vu combien il était naturel que des personnages aussi hauts placés que les ministres, qui ont librement assumé la charge de leurs fonctions, soient assujétis à une responsabilité particulièrement lourde, combien il serait illogique de traiter sur un même pied un ministre prévaricateur par exemple et un ministre qui quitte le pouvoir simplement parce que ses vues politiques ont cessé d'être conformes à celles du Parlement, et de croire que l'application de la responsabilité politique est suffisante dans les deux cas. « C'est un

(1) *Op. cit.*

des vices les plus graves de notre démocratie, écrit M. Barthélemy (1), que l'irresponsabilité y règne au sommet de notre organisation politique.... Nous n'avons pas à proprement parler de responsabilité ministérielle : ce que l'on appelle la « responsabilité politique » suppose une sanction singulièrement insuffisante... La démission est censée refaire une sorte de virginité... On rentre pour quelque temps dans le rang, puis on recommence sur de nouveaux frais, chaque démission équivalant à une sorte d'absolution générale pour tous les actes qui l'ont précédée. C'est dérisoire... Il faut, suivant le principe aristotélicien, traiter inégalement les choses inégales. A une situation spéciale, il faut une législation spéciale. Qui veut jouir des avantages d'une haute situation doit en subir les inconvénients... On n'a certainement pas le droit, lorsqu'on assume une situation de chef, de se montrer incapable, léger, imprudent. Il est insuffisant que le général qui commet une faute lourde soit privé de son commandement. Il en est de même du ministre ». Il existe d'ailleurs dans notre droit des cas de responsabilité pénale en cas de faute lourde : le général qui capitule dans une forteresse, le capitaine dont le vaisseau est perdu, peuvent se voir condamner par le conseil de guerre, en cas de faute lourde. Il est vrai que, dans ce cas, la peine dont ils sont passibles est déterminée à l'avance. Mais on verra plus loin que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même pour les ministres.

Ainsi la théorie de l'arbitraire, opposée à celle du droit commun (et, nous le rappelons, en l'absence d'une loi spéciale), est légale, nécessaire et juste.

Mais est-il aussi facile de répondre aux arguments développés par les partisans de la thèse de la définition ? Les critiques, en effet, adressées à l'insuffisance de la théorie du droit commun qui laisse échapper un grand nombre de

(1) *Op. cit.*, p. 618

fautes ministérielles, ne peuvent plus être faites à celle-là, et nous avons vu que ses partisans ont la prétention de prévoir et de définir tous les délits des ministres sans exception ; d'autre part, elle permet, elle aussi, de développer la responsabilité pénale et d'en obtenir tous les résultats que nous avons examinés précédemment. Et de plus, ajoute-t-on, elle a le grand avantage d'éviter l'arbitraire, la possibilité de poursuites pénales dues uniquement à des rancunes politiques, et les troubles que des faits de ce genre, ou leur apparence même, apportent toujours dans les esprits.

Benjamin Constant et Rossi, les deux auteurs qui ont les premiers et le plus fermement soutenu la théorie de l'arbitraire, ont combattu aussi énergiquement la thèse de la définition que celle du droit commun : « Si chacune des manières de nuire à l'Etat, écrit Benjamin Constant (1), devait être indiquée et spécifiée par une loi, le Code de la Responsabilité deviendrait un traité d'histoire et de politique, et encore ses dispositions n'atteindraient que le passé. Les ministres trouveraient facilement de nouveaux moyens de les éluder à l'avenir... Un ministre peut faire tant de mal sans s'écarter de la lettre d'aucune loi positive, que si vous ne préparez pas des moyens constitutionnels de réprimer ce mal et de punir ou d'éloigner le coupable, la nécessité fera trouver ce moyen hors de la Constitution même ». Rossi (2) exprimait la même idée avec plus de force encore. « Dire à un ministre, écrit-il, voilà les actes particuliers que vous ne pouvez pas faire, n'est-ce pas comme si on lui disait : il faut vous y prendre de telle ou telle manière, car les définitions exactes paraissent seulement des avertissements pour indiquer d'autres moyens... Il n'y a pas de définition, il ne peut pas y en avoir. » Les infractions dont peuvent se rendre coupables les ministres ne se composent pas seule-

(1) *Op. cit.*

(2) *Cours de droit constitutionnel.*

ment d'après lui, d'actes positifs isolés que puisse viser une loi précise, ce peuvent être selon son expression des « crimes constructifs », c'est-à-dire une réunion de tendances d'actes dont chacun pris isolément n'est pas susceptible d'une sanction pénale, et qui nécessitent pour être jugés une appréciation d'ensemble.

Ainsi, tout comme les adeptes de la thèse du droit commun, ces deux auteurs combattent la théorie de la définition ; ils n'emploient pas il est vrai contre elle les mêmes arguments : tandis que les premiers jugent une loi spéciale inutile parce que superflue, eux la considèrent comme *inutile* parce que forcément *insuffisante*. Qu'on ne s'effraye pas, ajoutent-ils, de cet arbitraire, il tient à l'essence de la chose même, et d'ailleurs on suppléera aux définitions de la loi, d'après Rossi, par « les garanties bien autrement essentielles de la procédure elle-même », et, d'après Constant, par « la solennité des formes, le caractère auguste des juges et la modération des peines ».

Faut-il suivre jusqu'au bout ces deux auteurs dans leur argumentation et déclarer une loi spéciale aux crimes ministériels inutile et impossible ? Mais remarquons tout d'abord que l'existence d'une telle loi n'est nullement incompatible avec la théorie de l'arbitraire : de même que nous avons vu que l'application de cette théorie était parfaitement conciliable, obligatoirement même, avec le respect des textes du Code, de même on peut parfaitement concevoir une loi spéciale prévoyant le plus grand nombre possible de crimes ministériels, mais permettant, dans une de ses dispositions, à la Cour de Justice, d'incriminer librement tous les actes des ministres qui lui seraient déférés, même ceux qu'elle ne prévoit pas spécialement.

Une pareille loi aurait d'abord l'utilité de réglementer un très grand nombre de délits ministériels, tels que ceux que nous avons déjà rencontrés en étudiant les arguments développés par les partisans de la théorie de la définition, et

notamment la proposition de loi de M. Pascal Duprat ; elle restreindrait ainsi le domaine de l'arbitraire, en entendant par ce mot la libre incrimination par la Cour de Justice des actes ministériels, arbitraire toujours fâcheux malgré tout, et que l'on doit éviter dans la plus grande mesure possible. Elle trancherait, en outre, définitivement la question des pouvoirs du Sénat dans l'incrimination des actes des ministres.

Mais il y a deux catégories de faits qu'une loi spéciale sera toujours, croyons-nous, impuissante à prévoir d'une façon précise : ce sont en premier lieu ceux que Rossi appelle « les crimes constructifs », c'est-à-dire ceux qui résultent d'un ensemble de tendances, d'actes, qui, pris isolément ne signifient rien en eux-mêmes, mais qui réunis peuvent former un véritable délit ; ce sont en deuxième lieu les fautes lourdes des ministres.

Il est certain, tout d'abord, que les crimes constructifs ne peuvent point être prévus et punis par une loi pénale, ils nécessitent, en effet, une appréciation d'ensemble de la politique du ministre, politique qu'une loi ne peut viser. « Si, en ne dirigeant contre les ministres que des lois précises qui n'atteignent jamais l'ensemble de leurs actes et la tendance de leur administration, écrivait Benjamin Constant (1), vous les dérobez de fait à toutes les lois, on ne les jugera plus d'après vos dispositions minutieuses et inapplicables, on sévira contre eux d'après les inquiétudes qu'ils auront causées, le mal qu'ils auront fait, et le degré de ressentiment qui en sera la suite ». Et cependant, c'est par cet « ensemble de leurs actes » et par la « tendance de leur administration » que les ministres peuvent peut-être accomplir le mal ; si par une série de mesures vexatoires, dont aucune, prise en elle-même, n'a grande importance, le ministre indispose un Etat voisin et fait de lui un ennemi

(1) *Op. cit.*

redoutable pour la nation qui lui a confié ses destinées ; si lors de la conclusion d'un accord ou d'un traité de paix, il sacrifie les intérêts de son pays par une série de concessions minimales, mais dont l'ensemble constitue pour lui un gros désavantage ; si, à l'intérieur même du pays, il suit délibérément une politique contraire à la volonté de la majorité de ses concitoyens ; tendant par exemple à changer la forme du gouvernement (ce qui était l'accusation principale formulée contre les ministres de Broglie et de Rochefoucauld), et cela sans prendre aucune mesure précise directement contraire aux lois ou la Constitution ; il est certain que dans tous ces cas le ministre peut causer à la nation un tort considérable, qu'il peut commettre un véritable délit particulièrement grave et dangereux. Et cependant, il est bien évident qu'aucune loi spéciale ne peut prévoir d'une façon précise ces délits, qui résultent de la réunion d'éléments dont chacun pris isolément n'a aucun caractère délictueux, et qu'il importe pourtant au premier chef de pouvoir réprimer.

Une deuxième catégorie de faits qu'une loi pénale ne peut prévoir et punir d'une façon précise, ce sont les fautes lourdes des ministres. Nous avons vu qu'une raison de nécessité et de justice exige la responsabilité pénale des ministres, même en dehors de toute intention criminelle, pour les fautes lourdes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions. La responsabilité pénale serait bien souvent un vain mot, dénué de signification pratique, si le pays n'était pas protégé, non seulement contre les actes dolosifs, mais encore contre l'incapacité et la négligence de ses ministres : « Ni les lois inexécutées, écrit M. de Kerschova (1), ni l'armée désorganisée, ni les places fortes et les frontières laissées sans défense, ni la révolte impunie, ni la guerre civile occasionnée et se développant grâce à

(1) *La responsabilité des ministres dans le droit public belge.*

l'impéritie ou à la négligence du pouvoir, ni les magasins de l'Etat détruits ou vides, ni le pays ruiné par une disette qu'on aurait pu éviter ou engagé dans une guerre extérieure par suite de la négligence apportée aux décisions que l'on pouvait prendre pour y obvier, ne constitueraient des faits de responsabilité pour les ministres. Citer ces exemples, c'est condamner le système que nous combattons ». Il suffit, en effet, de songer aux dommages terribles qui peuvent résulter pour la nation des fautes lourdes d'un ministre, pour se convaincre de la nécessité absolue qu'il y a de les faire sanctionner par la responsabilité pénale au même titre que les actes délictueux non prévus par la loi. Nous avons vu, d'autre part, qu'il n'était pas injuste d'assujétir les ministres à cette responsabilité particulièrement lourde puisqu'ils ont librement assuré la charge des intérêts considérables qui leur étaient confiés, et que, d'ailleurs, notre droit pénal nous fournit d'autres exemples d'une sanction pénale appliquée en cas de faute lourde, et à l'encontre de personnes dont les fonctions sont beaucoup moins importantes que celles d'un ministre. — Or, il est bien certain que, à moins de devenir « un traité d'histoire et de politique, et dont les dispositions n'atteindraient que le passé », comme disait Benjamin Constant, une loi spéciale ne peut pas prévoir toutes les fautes lourdes commises par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Tel acte, en effet, qui est parfaitement utile, parfaitement conforme à l'intérêt du pays dans certains cas, peut devenir, dans d'autres, profondément néfaste et dommageable. Un ordre de mobilisation par exemple sera, suivant les circonstances dans lesquelles il sera donné, la cause de la ruine ou du salut du pays. L'ordre donné par un ministre de la guerre à une armée de se diriger vers les Pyrénées au lieu de marcher sur le Rhin (exemple donné par Rossi d'une faute ministérielle qu'aucune loi ne saurait prévoir), peut être une faute lourde ou une manœuvre habile, suivant la si-

tuation militaire. En un mot, tout acte ministériel important et engageant gravement l'intérêt du pays, pouvant devenir une faute lourde, il est bien évident qu'une loi ne peut absolument pas prévoir ni punir toutes ces fautes lourdes, même si elles résultent d'un acte positif, précis, bien déterminé.

Ainsi, ni les crimes constructifs ni les fautes lourdes des ministres ne peuvent être prévus d'une façon précise par une loi spéciale aux crimes ministériels. Nous avons vu, d'autre part, qu'une pareille loi aurait cependant l'utilité de réglementer un très grand nombre de délits et de trancher, en outre, définitivement la question des pouvoirs du Sénat dans l'incrimination des actes des ministres. Donc la meilleure solution en droit théorique nous paraît être l'existence d'une loi spéciale, calquée par exemple sur le modèle de la proposition de M. Pascal Duprat, prévoyant et punissant le plus grand nombre possible de délits ministériels, mais permettant, dans une de ses dispositions, à la Cour de Justice d'incriminer librement tous les actes des ministres qui lui seront déférés, notamment leurs crimes constructifs et leurs fautes lourdes.

Telle est d'ailleurs à peu près la solution qui a été adoptée par quelques législations étrangères récentes. — La loi hollandaise du 22 avril 1853 permet à la Cour de Cassation d'incriminer librement les actes des ministres, même s'ils ne sont pas prévus par les lois pénales. — La loi grecque du 10 décembre 1876, déclare applicable aux ministres les dispositions pénales des lois en vigueur et décide en outre (art. 1, 2, 5, 6 et 7) que tout ministre qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura violé les lois par omission ou par acte positif, avec intention ou par négligence inexcusable, ou qui, sans violer les lois, aura causé un dommage à l'Etat, pourra être poursuivi devant la Haute Cour. — La loi autrichienne du 25 juillet 1867 permet la poursuite des ministres pour les « actes ou omissions qui leur seraient imputables dans le

cercle de leurs attributions, lorsqu'il en résultera, de dessein prémédité ou par suite d'une négligence grave, une violation de la constitution des royaumes et pays représentés au Reichsrath, des constitutions provinciales qui régissent chacun d'eux, ou d'une autre loi. » — La loi roumaine du 2 mai 1879, la plus récente des lois sur la responsabilité des ministres, déclare que « toute disposition législative du Code pénal concernant les infractions commises par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions ou par les particuliers, sont également applicables aux ministres » ; elle prévoit et punit ensuite certains délits particuliers, et ajoute : « Sera puni de la détention, de l'interdiction légale, ou de l'incapacité d'occuper aucune fonction publique, le ministre qui aura pris des dispositions contraires à un texte de la Constitution, ou aux dispositions expresses d'une loi. »

Ainsi l'existence d'une loi spéciale aux crimes ministériels n'est pas incompatible avec un certain arbitraire laissé à la juridiction chargée de les juger. Cette solution qui tient le milieu entre la théorie de l'arbitraire et celle de la définition, permet de concilier les avantages propres à chacune, et c'est celle que nous recommanderons en droit théorique.

Que l'on adopte cette thèse d'ailleurs, ou que l'on s'en tienne à celle de l'arbitraire, il est facile de voir qu'il y a pour les ministres deux responsabilités pénales bien distinctes : la première concerne les infractions du droit commun prévues par le Code pénal ou les lois ordinaires et commises par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions ; c'est la responsabilité pénale proprement dite ; les ministres sont, dans son domaine, complètement assujétis au droit commun, ils ne peuvent être poursuivis que dans les cas prévus par la loi, comme les autres citoyens, et condamnés qu'aux peines qu'elle édicte ; seule la juridiction chargée de les juger est exceptionnelle. Toute autre est

leur situation dans le domaine de l'autre espèce de responsabilité pénale, que nous avons appelée : politico-pénale. Ici ils sont toujours poursuivis pour des infractions qui leur sont spéciales, qui ne pourrait entraîner la mise en accusation de citoyens ordinaires ; ils peuvent même être poursuivis pour des faits non spécialement prévus par la loi. Cette responsabilité politico-pénale n'est donc pas rigide comme la précédente, elle est au contraire susceptible d'extension et de modalités diverses, puisqu'elle est laissée en grande partie à l'arbitraire de la Cour de Justice. D'autre part, nous verrons que les peines qu'elle comporte doivent être essentiellement à caractère politique. Par ces deux caractères essentiels la responsabilité politico-pénale tient le milieu entre la responsabilité politique et la responsabilité pénale proprement dite ; *elle s'exercera en somme dans la plupart des cas où la responsabilité civile serait mise en jeu contre un particulier. L'impossibilité pratique et l'insuffisance de cette dernière quand il s'agit de fautes ministérielles sont donc la plus sûre preuve de la nécessité de la responsabilité politico-pénale, et sa meilleure justification.*

— Toujours prête à s'exercer contre les ministres, toujours prête à appuyer la responsabilité politique et à la remplacer, la responsabilité politico-pénale ne sera en fait appliquée que rarement ; il n'y a pas intérêt en effet à multiplier les procédés politiques et à jeter ainsi le trouble dans l'opinion. Benjamin Constant avait déjà remarqué la rareté d'application de cette responsabilité dans le droit anglais. « De tous leurs ministres, exposés à une responsabilité indéfinie et perpétuellement dénoncés par l'opposition, un bien petit nombre a été soumis à un jugement, aucun n'a subi de peine », et prévu qu'il en serait de même en France. La responsabilité politico-pénale est en somme une arme qui ne doit être utilisée que rarement, et dont la menace plus que l'emploi effectif, contribuera à préserver la nation des dols et des fautes lourdes des ministres.

Ainsi tous les faits ministériels en principe sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur, mais quelques difficultés particulières peuvent s'élever à propos de certains d'entre eux. Il convient de les examiner brièvement.

SECTION III

Difficultés particulières pouvant s'élever à propos des actes ministériels susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leurs auteurs.

1^{re} Question. — La loi constitutionnelle du 23 février 1875 dispose que : « chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par un ministre ». Or, le Président de la République étant irresponsable, il est certain que par le seul fait de sa signature apposée sur l'acte de gouvernement, à côté de celle du chef de l'Etat, le ministre devient responsable de l'acte lui-même. N'y a-t-il pas là une injustice, une violation du principe du droit pénal qu'on ne répond que de ses actes propres et non de ceux d'autrui ?

Certainement non, ce n'est pas de l'acte du Chef de de l'Etat que le ministre répond, mais d'un acte qui lui est personnel : l'apposition de son contre-seing, acte que le ministre est absolument libre d'accomplir ou de ne pas accomplir en donnant sa démission. « Quand on a parlé d'un ministre, écrivait Rossi (1), comme d'un instrument, on s'est écarté de la réalité des choses. Il est libre de déposer la robe ministérielle.... Ainsi quand même une partie de la responsabilité morale devrait peser ailleurs, il ne peut échapper à la responsabilité légale.... ». Décider le contraire, serait d'ailleurs rendre illusoire et vaine la responsabilité ministérielle.

(1) *Op. cit.*

2^{me} Question. — Le ministre répond-il seulement de ses actes positifs, ou peut-il encore être rendu responsable de ses actes négatifs, de ses omissions ?

La question ne peut faire de doute : il répond même de ses omissions. Un ministre a en effet non seulement le droit mais encore le devoir d'agir. Un ministre de la guerre qui laisserait nos forteresses sans défense dans une période de tension diplomatique, un ministre de la justice qui se refuserait à faire ouvrir une instruction contre des détenus, commettraient des délits aussi graves que des délits positifs, et tout aussi dommageables à l'intérêt du pays. C'est précisément pour un délit d'omission, ou une série de délits d'omission que M. Malvy a été mis en accusation et condamné. La solution contraire rendrait également inutile et vaine la responsabilité pénale des ministres.

Comme tous les autres délits ministériels, les délits d'omission seront tantôt prévus par le Code pénal, si par exemple le ministre omet de faire mettre en liberté un individu qu'il sait en état de détention illégale ; tantôt ils seront prévus par la loi spéciale (en supposant l'existence de cette dernière) : le § 5 de l'art 4 de la proposition de M. Pascal Duprat prévoit, notamment, un certain nombre de crimes par omission : « s'il compromet sciemment les intérêts de l'Etat par la violation ou l'inexécution des lois, ou si par un abus de son autorité, il en suspend l'exécution » ; tantôt enfin, et ce sera probablement le cas le plus fréquent, ce seront des délits constructifs résultant d'une série d'omissions, et dus soit à une intention criminelle du ministre, soit à son incapacité ou à sa négligence. Remarquons en passant que seule la théorie de l'arbitraire permet la répression de cette dernière catégorie de délits par omission les plus fréquents et les plus dangereux. . .

Deux conditions suffisent, dit M. de Kerchone (1) pour que

(1) *Op. cit.*

l'omission du ministre soit punissable : 1° Il faut que l'acte incriminé ait été effectivement omis ; 2° Il faut que le ministre ait connu ou pu connaître cet acte, et la nécessité qu'il y avait de l'accomplir.

3^{me} Question. — L'étude des délits ministériels par omission, amène à parler de la responsabilité des ministres à raison des actes de leurs subordonnés. Il n'est pas nécessaire que le ministre ait agi personnellement pour que sa responsabilité pénale soit engagée ; il lui serait trop facile en effet, dans le cas contraire, de violer la Constitution ou de nuire à l'intérêt du pays par l'intermédiaire des nombreux agents placés sous ses ordres. Sa responsabilité est donc engagée en premier lieu, quand, sans manifester directement sa volonté, il ne prend aucune précaution pour s'opposer à l'exécution du délit projeté par son subordonné. Et il n'est pas absolument nécessaire que le ministre ait connu les desseins ou les actes de son agent, son ignorance même est punissable si elle a sa source dans un défaut de surveillance ou dans une négligence coupable.

La responsabilité du ministre est engagée en deuxième lieu, a fortiori, quand il a donné à son agent l'ordre formel d'agir, car il existe alors une provocation par abus de pouvoir, littéralement prévue par le Code pénal. — Mais si le ministre, sans donner d'ordre formel, a seulement consenti à l'exécution de l'acte délictueux accompli par son agent, peut-il en être rendu responsable ? Dans le droit commun un simple consentement donné à un dessein criminel n'est jamais punissable, mais ici la solution contraire doit être adoptée, et cela pour deux raisons : la nature même des fonctions ministérielles rend plus coupable en lui-même un conseil de cette nature, et il est certain, en deuxième lieu, qu'une approbation donnée par le ministre exerce sur l'esprit de son agent une influence particulièrement forte et qui pourra être décisive.

4^{me} Question. — Le ministre qui a quitté le pouvoir peut-il être poursuivi et condamné pour des actes accomplis pendant l'exercice de ses fonctions, d'après la procédure spéciale instituée par la Constitution de 1875 ?

Oui, certainement; pour déterminer la compétence, il faut se reporter au moment où l'infraction a été commise; l'appréciation des actes du ministre exige les mêmes conditions de compétence et d'impartialité, que celui-ci ait quitté ou non le pouvoir. On peut invoquer d'ailleurs, comme le fait M. Faustin Hélie (1) par analogie, la jurisprudence constante qui décide que les magistrats désignés aux articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle, et à l'article 10 de la loi du 20 avril 1840, restent même après la cessation de leurs fonctions, justiciables de la Cour d'appel pour les délits qu'ils ont commis pendant l'exercice de ces fonctions.

5^{me} Question. — Un ministre peut-il être rendu responsable des mesures prises par le cabinet dont il fait partie ?

La question ne se pose évidemment que pour les mesures graves, délibérées en Conseil des ministres; elle est d'ailleurs assez délicate : en droit pénal, d'une part, chacun n'est responsable que de ses propres actes, mais d'autre part, l'acte de cabinet est l'acte de tous les membres qui le composent, il y a donc présomption de responsabilité contre chacun des ministres membres du cabinet pour toutes les mesures que le cabinet a délibérées. Mais cette présomption peut évidemment être combattue par la preuve contraire, et le ministre doit être dégagé de toute responsabilité s'il prouve soit qu'il n'a pas pris part à la délibération, soit qu'il a combattu les résolutions prises par ses collègues.

Une dernière question se pose enfin, relative non plus aux délits que les ministres peuvent commettre, mais à la per-

(1) *Instruction criminelle*, t. VII, p. 597.

sonne même du délinquant. Les ministres seuls sont-ils soumis à la compétence et à la procédure spéciales prévues par l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, ou bien cet article vise-t-il aussi les sous-secrétaires d'Etat.

Sous le régime de la Constitution de 1875, les sous-secrétaires d'Etat furent d'abord nommés par le Président de la République, mais leurs attributions et leurs pouvoirs leur étaient délégués par des arrêtés ministériels (1). Devant les difficultés que créa cette pratique, difficultés qui tenaient au caractère indélégalable des attributions ministérielles ; un nouveau système fut usité à partir de 1889 : « les pouvoirs de décision qui furent accordés à ce sous-secrétaire, lui furent directement conférés par un décret du Président. Cela écartait les objections juridiques précédemment présentées..... »

Pour les sous-secrétaires d'Etat qui étaient de simples délégués du ministre, la question de la responsabilité pénale spéciale ne pouvait sérieusement se poser ; c'étaient de simples agents d'exécution n'ayant ni en droit ni en fait un pouvoir de décision propre, et se trouvant dans une dépendance étroite du ministre.

Mais il en est autrement aujourd'hui des sous-secrétaires d'Etat, qui reçoivent de la part du Président de la République lui-même des pouvoirs propres et des attributions particulières ; doivent-ils être considérés comme des ministres, et assujétis à ce titre à la responsabilité pénale spéciale de l'art. 12, ou bien comme de simples agents d'exécution ?

En droit, la réponse à cette question ne paraît pas douteuse : les ministres seuls sont désignés par l'article 12, et les dispositions pénales doivent être interprétées restrictivement. D'autre part, il est certain que « aux termes de la Constitution, ils ne sont pas responsables (politiquement)

(1) V. ESMEIN. *Eléments de droit constitutionnel français et comparé.*

comme les ministres..., la présence d'un sous-secrétaire d'Etat à ses côtés ne diminue en rien la responsabilité d'un ministre, et celle-ci s'applique aussi bien aux actes de son sous-secrétaire qu'à ses actes propres (1) ». Or, la responsabilité pénale spéciale édictée par l'art. 12, ne doit logiquement atteindre que les personnes soumises à la responsabilité politique, puisqu'elle est surtout un moyen d'étayer celle-ci, de la compléter, d'en assurer au besoin le bon fonctionnement.

Mais il est certain qu'en fait, cette solution a quelque chose d'anormal et qu'on peut difficilement demander compte à un ministre d'actes auxquels il n'a pas pratiquement participé. « Aussi, par une répercussion naturelle (2), une responsabilité politique particulière tendait à s'établir à la charge de ces sous-secrétaires d'Etat quasi-indépendants ; battus par un vote du Parlement qui les concernait et les visait seuls, on les a vus donner leur démission, alors que le ministre dont ils dépendaient et le ministère entier restaient en fonctions. En réalité, ce système, au point de vue du gouvernement parlementaire, présente de nombreux inconvénients, qui ont été fortement dénoncés dans les débats des Chambres... ». Mais cette responsabilité des sous-secrétaires d'Etat, appliquée parfois en fait, ne saurait être considérée comme une véritable responsabilité politique, générale et obligatoire, comme celle des ministres.

Il importerait donc de mettre d'accord le droit avec les faits, de supprimer le pouvoir propre des sous-secrétaires d'Etat, ou si on leur laisse ce pouvoir propre, de les assujétir, comme les ministres, à la responsabilité politique et à la responsabilité pénale spéciale de l'article 12.

(1) ESMEIN. *Op. cit.*

(2) *Idem.*

CHAPITRE II

Les Pénalités.

L'étude des pénalités que peut entraîner la responsabilité pénale des ministres doit comporter l'examen successif de deux questions : celle des pouvoirs de la Cour de Justice dans la détermination de la peine, et celle des peines qu'il convient surtout d'infliger aux ministres.

SECTION I

Pouvoirs de la Cour de Justice dans la détermination de la peine.

§ 1. — Cette question apparaît au premier abord comme inextricablement liée à celle des pouvoirs que possède la Cour de Justice pour caractériser l'infraction ministérielle : Il semble, en effet, que si l'on adopte le système du droit commun ou celui de la définition, il ne pourra nécessairement être prononcé d'autre peine que celle qui est édictée par le Code pénal ou par la loi spéciale ; que si au contraire on se rallie au système de l'arbitraire, il faudra bien laisser au juge qui crée l'infraction, en l'absence d'une définition légale, le pouvoir d'y adapter une peine correspondante.

Tel sera en effet le cas général. Mais il n'en est pas moins vrai que les deux questions ne se confondent pas nécessairement l'une avec l'autre : il peut fort bien se faire en effet que le législateur ne prescrive pas dans la loi spéciale de peine à une infraction qu'il prévoit et définit ;

un exemple par analogie de cette absence de prescription de la peine correspondant à une infraction déterminée nous est fourni par la Constitution de 1875 qui déclare le Président de la République responsable en cas de haute trahison, mais n'indique pas la peine qui devra sanctionner ce crime. La Cour de Justice liée dans ce cas par les textes pour caractériser l'infraction, sera complètement libre pour déterminer la peine. Il peut se faire au contraire que le législateur laisse la Cour de Justice libre d'incriminer un acte ministériel en l'absence d'une définition légale précise, mais limite son pouvoir en ce qui concerne la fixation de la peine. La loi grecque, par exemple, de 1876 déclare que pour les actes ministériels non prévus par un texte, la peine ne pourra excéder l'emprisonnement et l'interdiction de certains droits civiques et politiques, pour une durée variable. La loi autrichienne de 1867 limite plus étroitement encore le pouvoir des juges pour déterminer la peine, et, suivant en cela l'exemple des États-Unis, elle décide que, pour les faits non prévus par la loi, la peine que peut encourir un ministre ne peut être que l'exclusion du service de l'État, et la perte temporaire des droits politiques. Nous avons vu de même que la loi roumaine de 1879, la plus récente en la matière, édictait la détention, l'interdiction légale ou l'incapacité d'occuper aucune fonction publique contre le ministre « qui aura pris des dispositions contraires à un texte de la constitution ou aux dispositions expresses d'une loi ». C'est enfin à peu près le système suivi par la loi belge qui limite à la réclusion la peine qui peut être prononcée contre un ministre, dans les hypothèses non prévues par la loi, et par la loi hollandaise de 1835.

Il faut remarquer aussi en deuxième lieu que, tandis que dans la théorie de l'arbitraire, la Cour de Justice qui veut caractériser une infraction en l'absence d'un texte doit nécessairement *créer* le délit, elle peut pour infliger une

peine correspondant à cette infraction ou bien *choisir* librement parmi toutes celles que contiennent le Code pénal ou les lois particulières, ou bien en *créer* une de toutes pièces, soit en l'inventant complètement, soit en modifiant une de celles qui sont déjà prévues par les lois. La Cour de Justice par exemple, en déclarant M. Malvy coupable de forfaiture, a dû évidemment créer le délit puisque celui-ci, nous l'avons vu, n'est certainement pas prévu par le Code, mais pour infliger la peine, elle avait le choix entre les deux solutions que nous venons d'indiquer : prendre une peine toute faite dans l'arsenal du Code ou des lois ordinaires, ou en créer une de toutes pièces ; c'est la seconde qu'elle a adoptée en condamnant M. Malvy au bannissement, mais en le dispensant de la dégradation civique, peine accessoire du bannissement.

Ainsi la question des pouvoirs de la Cour de Justice dans la détermination de la peine ne se confond pas, d'une part, nécessairement avec celle des pouvoirs qu'a la même Cour pour caractériser les infractions ministérielles, et, d'autre part, elle présente des aspects qui lui sont particuliers et pose des problèmes qui lui sont propres. Il importe donc de l'étudier séparément, d'abord dans le droit pratique de la Constitution de 1875, ensuite en droit théorique.

§ 2. — Remarquons tout d'abord que la question des pouvoirs de la Cour de Justice en ce qui concerne l'application de la peine ne peut pas se poser pour les infractions prévues et punies par le Code pénal et les lois ordinaires ; dans ce cas la peine est normalement édictée par la loi même qui définit l'infraction. Ne pas tenir compte de ses dispositions, ce serait en premier lieu oublier la suppression du « pouvoir modérateur » de la Haute Cour, aujourd'hui aboli par les lois de 1889 et de 1918 et qui s'appliquait normalement toutes les fois qu'il existait une peine fixée par

la loi ; ce serait en deuxième lieu adopter pour l'application de la peine la théorie de l'arbitraire absolu que nous avons repoussée en ce qui concerne la détermination du délit et que nous rejetons ici pour les mêmes raisons : il ne serait en effet ni nécessaire ni juste ; puisque la loi a prévu la peine, pourquoi la violer ? Il suffit que le juge puisse se mouvoir librement entre le minimum et le maximum de cette peine pour être à même d'appliquer à chaque délit un juste châtiment. Telle est la seule solution qu'il soit possible d'adopter sous le régime de la Constitution de 1875, et rien dans les précédents ne permet de violer à cet égard une règle positive et établie par loi.

La question ne peut donc se poser qu'en ce qui concerne les pénalités à infliger aux ministres pour les infractions commises par eux et non prévues par le Code. La Constitution de 1875 est muette en ce qui concerne ces pénalités ; elle laisse donc la détermination de la peine à l'arbitraire de Cour de Justice, puisque, nous l'avons vu, elle admet la possibilité de poursuites contre les ministres à raison de faits non spécialement déterminés par la loi. Mais quelles sont la nature et l'étendue de cet arbitraire ? Pour les déterminer il convient tout d'abord de se reporter aux précédents dont l'influence est, on le sait, si considérable en la matière.

Le système de l'arbitraire dans l'application de la peine a été formellement prescrit par l'acte additionnel aux Constitutions de l'empire dont l'article 42 attribuait à la Chambre des Pairs un Pouvoir discrétionnaire : « soit pour caractériser le délit, soit pour infliger la peine ». Il fut adopté sous l'influence personnelle de Benjamin Constant, qui soutenait aussi fortement la théorie de l'arbitraire dans la détermination de la peine que dans l'incrimination des faits ministériels. « Des nuances que la parole ne peut désigner et qu'à plus forte raison la loi ne peut saisir aggravent ou atténuent ces délits, La seule conscience des pairs est juge de ces

nuances, et cette conscience doit pouvoir prononcer en liberté sur le châtement comme sur le crime (1) ». Ce système n'a jamais reçu d'application pratique sous le régime de l'acte additionnel, mais on peut déduire des termes de l'art. 42 aussi bien que des paroles même de Benjamin Constant que c'est bien de l'arbitraire le plus étendu qu'il s'agit ici, de celui qui permet non seulement le choix, mais encore la création de la peine.

Le système de l'arbitraire dans l'application de la peine a été mis en pratique par la Cour des Pairs sous la Restauration et sous la Monarchie de Juillet, soit à l'égard des personnes accusées de haute trahison ou d'attentats à la sûreté de l'Etat, soit à l'égard des ministres. Nous avons vu que la Cour des Pairs invoquait dans le premier cas un « pouvoir modérateur », c'est-à-dire seulement la faculté de substituer à la peine prévue par la loi une peine plus douce, et, dans le second cas, un « pouvoir législatif » qui n'était autre que le pouvoir d'incriminer un acte ministériel en l'absence d'un texte. Dans la première hypothèse, la Cour, non seulement ne se reconnaissait pas le droit de créer un délit, mais encore admettait que, pour l'application de la peine, son pouvoir discrétionnaire consistait simplement à substituer une peine à une autre, mais n'allait pas jusqu'à changer la nature des peines que la loi a définies. C'est ce que soutinrent entre autres, appuyés par la majorité des Pairs, M. Girod et le comte Portalis (2) : « Si la Cour, disaient-ils, s'attribuait le droit d'innover en cette matière, elle n'aurait plus aucune règle pour l'application des peines ; rien ne l'empêcherait alors de limiter à quelques années, la durée des peines perpétuelles, de la déportation par exemple, ou de faire descendre celle de la détention à quelques jours... ». La Cour déclarait donc

(1) BENJAMIN CONSTANT. *Op. cit.*

(2) CAUCHY. *Précédents de la Cour des Pairs*, p. 585.

avoir le droit de choisir la peine, d'en appliquer une autre que celle prescrite par la loi, de parcourir l'échelle entière de la pénalité, d'appliquer même des peines correctionnelles à des faits qualifiés crimes par la loi ; mais là s'arrêtait son pouvoir discrétionnaire, elle ne se reconnaissait pas le droit de changer le caractère et la nature des peines prévues par la loi, de réduire par exemple, celle de la déportation à quelques années ou celle de la détention à quelques jours.

Dans la deuxième hypothèse, au contraire, la Cour invoquait le droit, non seulement de définir le délit, mais encore de créer la peine elle-même et non simplement de la choisir parmi toutes celles qu'édicte le Code pénal ou les lois spéciales ; son arrêt de 1830, par exemple, portait : « Condamne le comte de Peyronnet, Victor Chantelauze et le comte de Guernon Ranville, à la prison perpétuelle ; ordonne qu'ils demeureront en état d'interdiction légale, conformément aux articles 28 et 29 du Code pénal ; les déclare pareillement déchus de leurs titres, grades et ordres ; condamne le prince de Polignac, le comte de Peyronnet, Victor Chantelauze et le comte de Guernon Ranville, personnellement et solidairement aux frais du procès... ». Or, la prison perpétuelle sur le territoire français est une peine inconnue de nos lois pénales. Il est vrai que l'article 17 du Code pénal, § 4, porte : « Tant qu'il n'aura pas été établi de lieu de déportation, le condamné subira à perpétuité la peine de la détention, soit dans une prison du royaume, soit dans une prison située hors du territoire continental... ». Mais cette disposition n'apparut dans le Code pénal qu'avec la réforme de l'article 17, que consacra la loi du 9 septembre 1835, cinq ans après l'arrêt en question par conséquent. D'autre part, la Cour attachait à cette peine nouvelle, inconnue de nos lois pénales, tous les autres effets de la déportation, outre la mort civile. On peut donc affirmer qu'elle a consacré pratiquement le prin-

cipe de l'arbitraire complet dans l'application de la peine et s'est reconnu le droit, non seulement de choisir, mais encore de créer celle-ci.

C'est bien dans la même hypothèse que la Cour de Justice a appliqué ce principe dans le procès de M. Malvy, c'est bien dans un cas où le délit ministériel n'était prévu par aucun texte, qu'elle a librement créé la peine. Au point de vue des précédents donc sa décision est justifiée, et en conformité parfaite avec la jurisprudence de la Cour des Pairs.

Nous ne pensons pas, cependant, que la solution qu'elle a adoptée, soit acceptable ni au point de vue du droit écrit de la Constitution de 1875, ni à celui de la logique et de l'équité. Rien en effet dans le texte de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, ne permet à la Cour de Justice d'appliquer une autre peine que celles prévues par les lois. Il autorise seulement, croyons-nous, la poursuite des infractions ministérielles, même dans le silence des textes, et les exceptions au droit commun doivent toujours être entendues restrictivement. Cette solution est, en second lieu, non seulement illégale, mais inutile : nous avons vu que la théorie de l'arbitraire dans la détermination de l'infraction doit surtout être adoptée pour une raison de nécessité, parce qu'il est impossible de prévoir nommément tous les délits ministériels ; or, cette raison de nécessité ne peut pas être invoquée par les partisans de l'invention plus ou moins complète de la peine ; l'arsenal du Code et des lois ordinaires mettait un assez grand nombre de pénalités à la disposition de la Cour de Justice, pour qu'elle ne se crut pas obligée d'en créer une autre. Nous verrons qu'il peut y avoir intérêt à faire édicter de nouvelles pénalités par la loi spéciale, mais le besoin n'en était pas urgent dans le procès de M. Malvy, pas plus d'ailleurs que dans celui des ministres de Charles X. Et du moment que la Cour pouvait se contenter des peines existantes, elle a eu tort d'en créer

une nouvelle. La solution qu'elle a adoptée peut être comparée, en quelque sorte, à la théorie de l'arbitraire absolu, dans la détermination du délit ou dans l'application de la peine : ici ce n'est plus un texte de loi que l'on viole, mais l'esprit même de la loi qui énonce limitativement un certain nombre de pénalités, et n'entend pas qu'on passe outre à ses prescriptions.

Ainsi, malgré le précédent de la Cour des Pairs, il ne faut pas hésiter à condamner la solution admise par la Cour de Justice dans le procès de M. Malvy, et à déclarer que le pouvoir de celle-ci se borne à choisir la peine parmi toutes celles que prévoient le Code pénal et les lois ordinaires.

§ 3. — Quels doivent être maintenant en droit absolu, les pouvoirs laissés à la Cour de Justice dans la détermination de la peine ? La question ne peut se poser ici que pour la catégorie d'infractions qu'aucune loi positive ne peut prévoir d'une façon précise : les crimes constructifs, et les fautes lourdes des ministres, car la loi spéciale devra édicter une peine à chacun des délits qu'elle définit. Mais pour ces infractions indéfinissables, faut-il laisser leur répression à l'arbitraire de la Cour de Justice, ou faut-il déterminer à l'avance les peines qu'elles seront susceptibles d'entraîner ? La réponse à cette question ne paraît pas douteuse : la détermination préalable de ces peines, conformément à la solution que nous avons vu adopter par diverses législations récentes, est non seulement possible, mais encore fort désirable : si l'on songe au caractère politique toujours prédominant de ces infractions ministérielles, on ne peut qu'être frappé de la nécessité absolue qu'il y a de protéger leurs auteurs contre la vengeance ou la rancune d'adversaires politiques. S'il est impossible de prévoir tous les délits dont ils peuvent se rendre coupable, si par suite un certain arbitraire dans la détermination de ces délits est indispensable, il n'en est pas de même en ce qui concerne la

détermination de la peine ; la fixation préalable de celle-ci est toujours possible ; elle mettra le ministre à l'abri des punitions exagérées qu'entraîneraient peut-être la haine ou la passion de ses ennemis, et cela sans mettre le moindre obstacle à l'arbitraire de la Cour de Justice en ce qui concerne l'incrimination des actes ministériels. — La loi spéciale, dont nous avons reconnu la nécessité, devra donc édicter des peines non seulement aux infractions qu'elle visera d'une façon précise, mais encore aux crimes constructifs et aux fautes lourdes des ministres dont elle permettra la poursuite.

Mais quelle devra être la nature des peines qu'elle sera ainsi amenée à prévoir contre les ministres ! C'est ce que nous allons maintenant examiner.

SECTION II

Peines à infliger aux ministres

La loi spéciale devra se garder, croyons-nous, d'appliquer des peines extrêmes aux infractions ministérielles. « Les peines infamantes, écrivait Benjamin Constant (1), ont des inconvénients généraux, qui deviennent plus fâcheux encore lorsqu'elles atteignent des hommes que le monde a contemplés dans une situation éclatante.... La mort ni la captivité d'un homme n'ont jamais été nécessaires au salut d'un peuple ; car le salut d'un peuple doit être en lui-même. Une nation qui craindrait la vie ou la liberté d'un ministre dépouillé de sa puissance, serait une nation misérable. Elle ressemblerait à ces esclaves qui tuaient leurs maîtres de peur qu'ils ne reparussent le fouet à la main ». On retrouve la même idée chez Rossi (2) : « Je ne crois pas, dit-il, que des

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

peines irrémédiables puissent jamais être appliquées dans de pareils procès, précisément parce qu'il s'agit d'affaires qui ne peuvent jamais dépouiller entièrement leur caractère politique, et que, quand il s'agit d'affaires politiques, il est difficile pour tout le monde de se mettre au-dessus des passions du moment ».

Il est certain que des peines extrêmes seraient non seulement injustes et exagérées en elles-même, mais apparaîtraient comme des actes de vengeance et de cruauté et risqueraient de soulever des protestations dans l'opinion publique et de faire naître des sympathies envers le ministre coupable. Ainsi non seulement la peine de mort, formellement supprimée en matière politique par la Constitution de 1848, mais encore les travaux forcés et la déportation nous paraissent devoir être écartés par la loi spéciale.

Faut-il adopter la même solution en ce qui concerne la détention et l'emprisonnement? Ce n'est point l'opinion de M. Pascal Duprat qui, dans la proposition de loi dont nous avons parlée, prévoit pour les ministres la déportation, la détention et l'emprisonnement, en cas de trahison ou de concussion, le bannissement et l'interdiction des droits politiques, en cas de prévarication. Ni la détention, ni l'emprisonnement ne nous semblent cependant recommandables au législateur : elles ne sont pas conformes au caractère essentiellement politique des infractions ministérielles, elles paraîtraient, elles aussi injustes et exagérées. Le législateur a au contraire à sa disposition deux peines qui nous paraissent particulièrement appropriées à la nature des délits commis par les ministres : le bannissement et la dégradation civique.

Le bannissement est une peine mauvaise pour les délits de droit commun, on a dit justement qu'il aboutirait à un échange de malfaiteurs entre les états. Mais il n'en est pas de même pour les délits politiques ; comme le fait remarquer

M. de Kerchone (1), les condamnés à raison de ces délits ne peuvent guère exercer leur influence pernicieuse que dans leur patrie ; éloignés d'elle ils perdent tout pouvoir et toute influence. On a cependant élevé contre l'application de cette peine aux ministres deux objections : il est imprudent, dit-on tout d'abord, de laisser en liberté des hommes particulièrement dangereux qui vont précisément pouvoir former en toute sécurité, hors des atteintes de l'Etat, des complots contre leur patrie. L'exil, ajoute-t-on, n'est pas toujours une peine, si le ministre condamné jouit d'une brillante fortune, il pourra mener à l'étranger une vie aussi agréable, aussi fastueuse que dans sa patrie. Il est facile de répondre à ces deux objections : le danger que peuvent présenter les exilés politiques pour leur pays est chimérique, dit M. de Kerchone, « quelques réfugiés ne sauraient former un attentat sérieux contre leur patrie ; il est bien plus vrai de dire que l'exil les réduit à l'impuissance de nuire. Aussi l'histoire nous prouve-t-elle que des exilés politiques ne sont jamais parvenus par leur propres forces et sans le concours d'autres circonstances, à porter des atteintes de quelque importance à l'ordre social de leur patrie ; surtout ce danger n'est pas à craindre, si, comme il est probable qu'il arrivera toujours dans ces cas, le nombre des exilés est peu considérable ».

D'autre part, est-il certain que l'exil ne soit pas une punition suffisante ? Il apparaît au contraire que la séparation complète d'avec sa famille, ses amis, et la ruine brusque et définitive de sa carrière politique, sera toujours extrêmement pénible pour le ministre. En serait-il autrement d'ailleurs que la loi n'a pas à s'en occuper ; notre droit pénal moderne est basé moins sur une idée de justice que sur une idée de nécessité. Du moment que le ministre est mis hors d'état de nuire, que le pays est suffisamment protégé con-

(1) *Op. cit.*

tre son influence, peu importe qu'il souffre ou non de la sentence prononcée contre lui. Le bannissement a donc l'énorme avantage d'être à la fois une peine très efficace contre le ministre coupable, très suffisante pour assurer le salut du pays, et en même temps de ne pas être une punition trop sévère, susceptible d'attirer l'intérêt et la sympathie sur le condamné. Quant à la durée du bannissement, elle est d'après notre Code de 5 à 10 ans. M. de Kerchone pense qu'il y aurait intérêt à abaisser le minimum de 2 ans et à élever le maximum à 20 ans, à l'égard des ministres, pour pouvoir proportionner dans tous les cas la peine à la gravité du délit ; nous croyons aussi qu'il y aurait intérêt à déplacer ainsi les limites du maximum et du minimum pour laisser plus de liberté à la Cour de Justice.

La dégradation civique, en deuxième lieu, est une peine parfaitement appropriée aux délits ministériels. Elle est à la fois dans notre droit une peine principale et une peine accessoire. Aux termes de l'article 8 du Code pénal, elle est toujours simplement infamante. L'article 34 du Code énumère les incapacités dont l'ensemble forme la peine de la dégradation civique et que l'on peut diviser en trois groupes : Déchéance des droits politiques et de certains droits assimilés ; Déchéance de certains droits publics ; Déchéance de certains droits de famille. Le ministre condamné à la dégradation civique, peine principale, devra toujours être dispensé de l'emprisonnement complémentaire prévu par l'article 35, emprisonnement qui serait contraire ici au caractère essentiellement politique de la peine.

Telles sont les deux peines édictées par le Code pénal et dont l'application paraît particulièrement recommandable pour la répression des infractions ministérielles. Mais ces deux peines sont-elles suffisantes ? Dans le sens de la sévérité, oui, et le bannissement, notamment, avec l'élévation de maximum à 20 ans, nous paraît être une punition assez dure pour toutes les infractions politiques ministérielles,

en dehors, bien entendu, de celles qui sont prévues par le Code pénal. Mais, par contre, la dégradation civique n'est-elle point une peine trop sévère pour certains délits commis par les ministres, pour certaines de leurs fautes lourdes par exemple, et n'y aurait-il point intérêt à faire édicter par la loi spéciale des pénalités plus douces, prises en dehors du Code et inventées de toutes pièces pour ce cas particulier?

Des pénalités diverses ont, en effet, été proposées, notamment l'avertissement ou le blâme et les peines pécuniaires. La première de ces peines a été formellement repoussée par Benjamin Constant. « Je remarquerai d'abord, écrit-il (1), que cette déclaration (déclaration d'indignité) existe de fait contre les ministres toutes les fois qu'ils perdent la majorité dans les assemblées.... Je n'aperçois donc, dans la déclaration proposée, au lieu de l'accusation, que l'énoncé d'un fait qui se prouve sans qu'il soit besoin de le déclarer. Mais je vois de plus que cette déclaration, par cela même qu'elle sera moins solennelle et paraîtra moins sévère qu'une accusation formelle, sera de nature à être plus fréquemment prodiguée... ». Il est certain, en effet, que si la Chambre veut blâmer un ministre, elle le fera en le renversant du pouvoir, sans avoir besoin de formuler une déclaration expresse; elle peut même lui infliger un blâme formel, comme elle l'a fait pour les ministres du 16 mai, sans pour cela le mettre en accusation. Il n'est pas probable, d'autre part, qu'un fait aussi peu grave que celui qui comporterait comme seule sanction un simple blâme soit jamais déféré à la Cour de Justice, car la Chambre des députés ne doit user de son droit d'accusation qu'avec modération, quand l'acte ministériel en question présente une certaine gravité. La peine du blâme doit donc être écartée comme inutile et même dangereuse, car, comme le fait remarquer Benjamin

(1) *Op. cit.*

Constant, elle serait de nature à être trop facilement appliquée.

Quant aux peines pécuniaires, elles ont été adoptées formellement par la Constitution de Wurtemberg, et la Chambre des Lords, en Angleterre, a quelquefois prononcé des amendes pécuniaires contre des ministres. Mais on peut invoquer contre elles, croyons-nous, les mêmes arguments que nous avons vu développés contre la responsabilité civile des ministres. Elles seraient à la fois illusoire, si le chiffre de l'amende était trop élevé, et injustes, étant donné la différence des ressources pécuniaires des ministres et l'inégalité de sacrifice que représenterait pour eux le paiement d'une même somme. Elles seraient, enfin, contraires au caractère politique des infractions ministérielles.

Ainsi ni le blâme, ni les peines pécuniaires ne sont applicables en l'espèce. Et cependant il est vrai que la dégradation civique constitue une peine trop dure pour certaines infractions ministérielles et que la création par la loi spéciale d'une pénalité plus douce, plus appropriée aux délits légers des ministres, est non seulement désirable, mais encore absolument nécessaire. Quelle peine cette loi devrait-elle donc édicter? Aucune ne semble plus convenable en l'espèce que l'interdiction de certains droits civiques civils et de famille, prévue par l'art. 9 du Code pénal § 2. Elle diffère de la dégradation civique en ce qu'elle est toujours une peine complémentaire, et surtout en ce qu'elle est divisible. La loi spéciale pourrait en faire une peine principale, qui présenterait sur la dégradation civique le grand avantage d'être plus souple, plus élastique; elle permettrait d'infliger au ministre une incapacité en rapport avec le délit qu'il a commis, d'obtenir notamment sa destitution et son exclusion de toute fonction publique. Le but principalement visé sera donc ainsi atteint et sans qu'on ait prononcé contre le ministre de peine trop sévère, en disproportion avec l'infraction dont il s'est rendu coupable.

Ainsi trois peines seulement nous paraissent applicables aux délits ministériels, en dehors toujours bien entendu de celles qui sont prévues par le Code pénal : le bannissement, la dégradation civique et l'interdiction de certains droits civiques civils et de famille.

Mais dans quel cas faudra-t-il appliquer chacune de ces peines ?

D'après M. de Kerchone, il faut adopter pour point de départ la séparation du dol et de la faute, de l'intention criminelle et de la simple négligence. « Il est évident, en effet, que la culpabilité de l'agent s'élève avec sa volonté criminelle..... Nous croyons, d'autre part, que cette distinction du dol et de la faute est la seule qu'il convienne d'admettre comme mesure de la gravité de l'infraction, et par conséquent de l'intensité de la peine..... Sauf la différence naturelle fondée sur le dol et la faute, aucune de ces faces particulières de la responsabilité ministérielle ne nous semble de nature à influencer par elle-même, du moins d'une manière sensible sur la gravité du fait matériel et sur la culpabilité de l'agent ». Il est certain, en effet, qu'une distinction essentielle doit être faite d'abord entre les faits dolosifs des ministres et leurs simples fautes. Nous croyons que dans ce dernier cas la peine ne devra jamais être que l'interdiction de certains droits civiques, quelles que soient pour le pays les conséquences de cette faute du ministre. Mais, par contre, contrairement à ce que croit M. de Kerchone, il existe une grande différence entre les divers actes dolosifs dont un ministre peut se rendre coupable, et la nature de ceux-ci peut influencer fortement sur la gravité du délit. Il est évident, en effet, que les infractions rangées par M. Pascal Dupratsous le chef de haute trahison et qui comprennent par exemple : les crimes contre la sûreté de l'Etat, le fait d'entreprendre une guerre sans l'autorisation du Parlement, le fait de laisser introduire sans cette autorisation des troupes étrangères sur le territoire de la République, etc.,

sont infiniment plus graves que celles rangées par lui sous le chef de prévarication, parmi lesquelles figurent notamment le fait de dépasser ou d'intervertir les crédits législatifs.

— Le législateur devra donc édicter des peines différentes pour ces divers délits. Le bannissement sera la peine normale des délits rangés par M. Pascal Duprat sous le chef de haute trahison ; la dégradation civique ou même simplement l'interdiction de certains droits politiques, la peine normale des délits de concussion ou de prévarication. Quant aux crimes constructifs, ils devront faire l'objet de l'une ou de l'autre de ces peines suivant qu'ils constitueront eux-mêmes des crimes de trahison ou de prévarication.

Ainsi, a la responsabilité politico-pénale des ministres (nous avons vu en effet que la responsabilité des ministres à raison des faits qui ne sont pas prévus par le Code n'est pas une responsabilité pénale proprement dite), doivent correspondre logiquement des peines à caractère politique. C'est là même un des caractères principaux de cette responsabilité.

CHAPITRE III

La Procédure

SECTION I

**La compétence du Sénat dans le jugement
des délits ministériels.**

L'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, en rendant le Sénat juge des délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, fait naître, tout d'abord, une double question : Une juridiction spéciale est-elle nécessaire pour connaître de ces délits?... Le Sénat est-il la meilleure de ces juridictions spéciales ? Ce sont ces deux questions que nous allons examiner rapidement.

La nécessité, en premier lieu, d'une telle juridiction ne peut faire aucun doute. Comme l'ont fait remarquer, en effet, plusieurs auteurs (1), le tribunal chargé de juger les ministres doit présenter au moins trois qualités essentielles : la compétence à la fois politique et juridique, l'impartialité et l'indépendance. Or, les tribunaux ordinaires n'ont ni la compétence politique ni l'indépendance voulues. Les laisser juges des délits ministériels serait porter une grave atteinte, tantôt aux intérêts de l'État, si, par exemple, le ministre coupable est resté au pouvoir après sa faute et peut par conséquent influencer ou intimider les magistrats de droit commun ; tantôt, au contraire, à ceux de l'accusé. Ce serait en outre, dans certains cas, bouleverser complètement les lois de la hiérarchie. Il faut remarquer que l'établissement d'une juridiction spéciale n'est pas contraire à

(1) DE KERCHONE, CLOS. *Op. cit.*

l'un des principes essentiels de notre droit, à l'égalité des citoyens devant la justice ; ce qui serait contraire à ce principe, ce serait la création d'un tribunal d'exception, constitué pour un crime ou un accusé déterminé, mais, comme l'écrit M. Esmein (1), « l'égalité devant la justice n'empêche point que la loi détermine à l'avance, pour certains crimes ou délits, des tribunaux particuliers, s'il y a des motifs suffisants, et que la liberté de la défense y soit pleinement assurée : les juridictions établies pour les militaires et les marins par nos Codes de justice militaire, ne reposent pas sur un autre principe ».

Mais si la légalité et la nécessité d'une juridiction spéciale aux délits ministériels ne peuvent faire aucun doute et sont attestées d'ailleurs par le fait qu'on la trouve dans toutes les Constitutions, françaises ou étrangères, une grande variété règne cependant dans la forme et la composition que présente cette juridiction spéciale dans ces diverses Constitutions.

Un premier système rend les ministres judiciaires du tribunal le plus élevé de l'ordre judiciaire, de la Cour de Cassation ; c'est ce que l'on trouve dans les Constitutions belge, hollandaise, roumaine, prussienne et hanovrienne. Il est certain qu'un pareil tribunal présente à un degré suffisant les qualités requises d'indépendance, d'impartialité et de compétence juridique. Mais la compétence politique lui fait par contre complètement défaut, et cette seule considération doit nous porter à rejeter ce système ; cette compétence est en effet absolument indispensable pour juger des délits dont le caractère est toujours essentiellement politique, elle est même exclusivement nécessaire lorsqu'il s'agit de faits non prévus par la loi pénale. D'autre part, comme le fait remarquer justement M. Clos (2), « il est

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

regrettable d'appeler une juridiction de l'ordre judiciaire à porter un jugement sur des affaires politiques ; c'est exposer les juges aux attaques les plus vives de l'esprit de parti, transformer le prétoire en lieu de discussions passionnées, où l'impartialité et l'indépendance du tribunal sont violemment attaquées, et qui peuvent faire perdre à la justice son autorité morale ».

Un deuxième système, adopté par la Constitution des États-Unis et par d'autres Constitutions particulières de l'Amérique, accorde au Sénat la faculté de prononcer contre les ministres la destitution et l'incapacité d'occuper aucune fonction publique, mais laisse aux tribunaux ordinaires seuls le droit de prononcer les peines prévues par la loi pénale. « C'est là, écrit M. Laboulaye (1), une distinction admirable entre la justice politique et la justice criminelle ; elle fait le plus grand honneur aux auteurs de la Constitution américaine ». Mais on peut cependant adresser à ce système de graves critiques : le jugement du Sénat exercera tout d'abord une influence marquée sur les juges de droit commun, qui ne présenteront plus ainsi l'indépendance et l'impartialité voulues. D'autre part, le ministre, même renversé du pouvoir par le Sénat, n'en reste pas moins parfois un homme politique important, circonstance qui pourra également influencer sur la volonté des juges. Enfin, il pourra se produire entre les deux juridictions un désaccord fâcheux.

Un troisième système, susceptible celui-là de modalités diverses, fait juger les délits ministériels par un corps judiciaire particulier, dont le rôle exclusif est de connaître de ces délits et de quelques autres infractions toujours à caractère essentiellement politique. Les types de juridictions spéciales ainsi organisées par diverses constitutions peuvent se ramener à deux principaux : les unes, comme la

(1) LABOULAYE. *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 466.

Haute Cour de Justice en Grèce, ne comprennent que des éléments de l'ordre judiciaire et méritent à ce titre les mêmes critiques que le premier système. — Les autres réunissent au contraire à ces éléments judiciaires des éléments politiques généralement choisis par les Chambres : telles sont les Hautes Cours organisées par les Constitutions de Saxe, Wurtemberg, de Serbie, de Danemark, de Norwège ; c'est également d'après ce type qu'ont été établies les Hautes Cours en France sous les Constitutions de 1791, de l'an III, de l'an VIII, de 1848, de 1852 et de 1870, avec cette différence toutefois que l'élément politique était représenté par des hauts-jurés d'abord élus par les électeurs des départements (1791 et an III), pris ensuite parmi les conseillers généraux des départements (1848, 1852, 1870). — Toutes ces juridictions présentent d'abord le défaut commun de réunir précisément des éléments peu homogènes, de grouper deux catégories de juges dont les idées et les tendances seront souvent bien différentes, et entre lesquels l'accord sera bien difficile à faire. On peut leur appliquer, semble-t-il, les paroles prononcées par M. Guizot en 1846 : « Dès que la politique pénètre dans l'enceinte des tribunaux, peu importent la main et l'intention qui lui en ont fait franchir le seuil, il faut que la justice s'enfuie. Entre la politique et la justice, toute intelligence est corruptrice, tout contact est pestilentiel ». Elles ont en outre le grave inconvénient de ne pas être toujours prêtes à fonctionner immédiatement ; même quand leurs membres sont désignés à l'avance, il faut encore les réunir et les grouper. Enfin elles n'ont pas de traditions, de jurisprudence propre qu'elles soient tenues de respecter, et par là l'arbitraire y sera plus à redouter.

C'est donc le quatrième système que nous adopterons, celui qui a été consacré par la Constitution de 1875, et qui consiste à rendre les ministres justiciables de la Chambre Haute, dans les gouvernements qui comportent la dualité

des Chambres. On a adressé cependant à ce système de nombreuses critiques, auxquelles nous allons tâcher de répondre.

« Le Sénat, écrit tout d'abord M. de Kerchone (4), n'offre pas de garanties sérieuses pour un jugement impartial ; suivant les circonstances, le ministre accusé rencontrera dans ce corps des adversaires acharnés décidés d'avance à condamner ses actes, ou une majorité prête à sympathiser avec lui, à lui pardonner tous ses écarts, en les considérant même comme des vertus politiques ». Le manque d'impartialité est toujours apparu, en effet, à tous les auteurs qui ont combattu ce système comme le défaut principal du Sénat érigé en Haute Cour de Justice.

M. Clos lui reproche en second lieu son manque d'indépendance (2). « Les membres d'une Chambre élective, nommés pour une période déterminée, désirant, conformément au penchant de la nature humaine, voir leur mandat renouvelé, se trouvent dans une dépendance étroite vis-à-vis du peuple ».

La troisième qualité essentielle que doit présenter la juridiction spéciale : la compétence juridique, lui paraît également faire défaut au Sénat.

Enfin, ajoute-t-il, l'adoption de ce système au point de vue historique n'est nullement fondée. « Il est né en Angleterre, et c'est à l'imitation de la Constitution anglaise que les autres pays l'ont successivement établi. Or, la Chambre des Lords avait autrefois des attributions judiciaires fort étendues... et faisait aussi bien partie du pouvoir législatif.... Mais, au contraire, les autres Chambres Hautes ne font aucunement partie du pouvoir judiciaire, sont uniquement des corps politiques : on imite donc, en apparence seulement et nullement en réalité, la Constitution anglaise, quand on

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

leur attribue la connaissance des crimes et des délits ministériels ».

Il est facile, croyons-nous, de répondre à ces diverses critiques. L'argument historique invoqué par M. Clos est, tout d'abord, dépourvu de valeur. Il est certain, en effet, que ce n'est pas en tant que corps judiciaire que la Chambre des Lords connaissait des délits ministériels, mais en tant que juridiction politique ; elle possédait dans ce second cas des pouvoirs beaucoup plus étendus que dans le premier, pouvait même condamner les ministres en l'absence d'une loi pénale. Elle avait donc deux attributions bien différentes, dont la seconde a d'ailleurs survécu à la disparition de la première. C'est de cette seconde attribution, et d'elle seule, qu'ont hérité la Cour des Pairs de la Monarchie et le Sénat de la troisième République.

Le reproche d'incompétence juridique que M. Clos adresse au Sénat ne nous semble, en deuxième lieu, pas mieux fondé. Il y aura toujours assez de juristes au Sénat, l'expérience l'a bien montré, pour que la loi y soit fidèlement interprétée et scrupuleusement respectée. D'ailleurs, la connaissance du droit joue bien souvent un rôle de second ordre dans le jugement de délits où le caractère politique prédomine, et pour lesquels par conséquent la compétence politique est surtout nécessaire.

De même, le manque d'indépendance du Sénat, n'est, en troisième lieu, nullement à redouter : élus au suffrage restreint et pour une longue durée, les sénateurs sont pratiquement largement indépendants et du peuple et du pouvoir.

Le manque d'impartialité est enfin, nous l'avons vu, le reproche que l'on adresse le plus fréquemment au Sénat. Cependant, si l'on étudie pratiquement le fonctionnement de la Chambre Haute érigée en Cour de Justice sous nos diverses Constitutions, on voit qu'elle a toujours usé de ses pouvoirs avec une extrême sagesse, sans jamais se laisser

influencer par les passions politiques. « C'est la gloire de la Cour des Pairs, écrit Guizot dans ses mémoires (1,) d'avoir sous des régimes divers, constamment offert ce beau spectacle : entre ses mains la balance de la justice n'a pas fléchi, quels que fussent autour d'elle le déchainement des passions politiques et l'ébranlement de l'État : ». Ce sont ces précédents qui ont permis à M. Lefèvre-Portalis, dans son rapport sur le mode de nomination et les attributions du Sénat, rapport qui servit de base à la discussion de la loi constitutionnelle du 24 février 1875, de présenter la juridiction sénatoriale comme la plus apte à juger les ministres ou le Président de la République (2). « Il a semblé à la commission, disait-il, qu'aucune juridiction ne pouvait donner plus de garanties, soit d'impartialité soit de fermeté, pour juger constitutionnellement ou pénalement le Président de la République et les ministres... Les grands procès politiques qui ont été jugés par la Chambre des Pairs avec autant de fermeté que d'indépendance sont des traditions que le Sénat saura au besoin continuer... »

Le Sénat n'a point manqué en effet de suivre ces traditions, et ses membres, élevés pour un moment à la dignité de juges, ont toujours su faire abstraction de leur qualité d'hommes politiques et ne consulter que leur conscience dans les divers procès politiques dont ils ont eu à connaître. Or, la valeur d'une institution se mesure moins aux qualités théoriques qu'elle peut présenter qu'aux services qu'elle a rendus dans le passé et qu'elle est encore susceptible par conséquent de rendre dans l'avenir, et le législateur doit moins se préoccuper de rechercher quelle solution est en principe la meilleure que de constater qu'elle est celle qui a déjà le mieux répondu aux exigences de la pratique. Le passé, en ce qui concerne la juridiction de la Chambre Haute,

(1) Tome 2, p. 150.

(2) *Annales de l'Assemblée nationale*, t. 33, p. 190.

répond donc de l'avenir et constitue une garantie sérieuse de l'impartialité de ses membres. Il est logique, d'ailleurs, qu'il en soit ainsi : les partis extrêmes en effet sont surtout susceptibles de se laisser entraîner par leurs passions politiques et de ne pas obéir uniquement à la voix de leur conscience ; or, les influences de ces partis se neutraliseront le plus souvent, les uns condamnant à priori le ministre, les autres l'absolvant pour le même fait déterminé, et la décision appartiendra aux partis modérés qui, dans la Chambre Haute surtout, constitueront toujours la grande majorité. Du reste, comme le fait remarquer M. Esmein (1), on ne voit pas très bien quelle Haute Cour spéciale offrirait plus de garanties d'impartialité que la Chambre Haute. « Il ne faut pas dire que la justice administrée par le Sénat sera moins impartiale, plus profondément influencée par les passions politiques que celle qui ressort des verdicts d'un haut jury.... à tous égards et même dans l'intérêt des accusés, il vaut mieux avoir pour juges la totalité de sénateurs que quelques conseillers généraux tirés au sort parmi leurs collègues. Non seulement le hasard a moins de jeu, mais les garanties augmentent surtout avec l'importance de la fonction et la dignité de l'Assemblée ».

Ainsi la juridiction sénatoriale, établie par la Constitution de 1875, nous paraît présenter toutes les garanties requises d'impartialité, d'indépendance, de compétence juridique et de compétence politique (et nous avons vu l'importance primordiale qu'a à cette dernière, si l'on adopte la théorie de l'arbitraire, si l'on permet à la Cour de Justice de condamner les ministres, même en l'absence d'une loi pénale précise). Elle a de plus en sa faveur la dignité et le respect qui s'attachent aux hautes assemblées et qui lui permettront la plus grande fermeté dans l'accomplissement d'une tâche parfois fort difficile. Elle a également la tradition à observer, une

(1) *Op. cit.*

jurisprudence à respecter, qui constitueront des garanties précieuses pour le ministre accusé. C'est donc elle que nous considérons comme la plus apte à connaître les délits ministériels.

Une objection pratique, toutefois, est encore formulée par M. Barthélemy (1). «N'y a-t-il pas lieu de craindre, dit-il, l'impopularité qui pourra résulter pour le Sénat de certaines condamnations prononcées par lui, impopularité qui serait susceptible d'entraîner sa disparition à une échéance plus ou moins longue et de priver la nation d'une institution pourtant si précieuse au point de vue politique ?» Il ne semble pas cependant qu'une telle éventualité soit à redouter. L'irritation qui s'est manifestée contre le Sénat à la suite de certains procès retentissants a été de courte durée et n'a point eu de conséquence fâcheuse. Le fait, d'ailleurs, que le Sénat est amené fatalement à prononcer tour à tour des condamnations contre des ministres appartenant à des partis différents, le garantit contre l'hostilité permanente et durable d'un seul de ces partis, et le réhabilite successivement dans l'esprit des sectaires. Les attributions judiciaires du Sénat ne feront donc aucun tort sérieux à sa popularité et ne menaceront point son existence si précieuse dans notre Constitution.

SECTION II

La mise en accusation des ministres par la Chambre des députés

§ 1. — Les mêmes raisons qui font adopter une juridiction spéciale pour juger les ministres, doivent également faire écarter l'application du droit commun en ce qui concerne l'exercice des poursuites dirigées contre eux.

(1) *Op. cit.*

Il est impossible en effet tout d'abord de donner au ministère public de droit commun le droit d'agir contre eux ; ce serait tantôt les exposer à des poursuites injustifiées dues exclusivement à des rancunes politiques, tantôt, au contraire, leur assurer l'impunité.

Accorder, d'autre part, ce droit aux simples particuliers, ce serait risquer de multiplier à l'infini ces poursuites. D'ailleurs, les délits commis par les ministres mettent le plus souvent en péril exclusivement l'intérêt général, et, par conséquent, aucun individu isolé n'est particulièrement qualifié pour s'en attribuer la poursuite.

Enfin, abandonner au Chef de l'Etat l'initiative des poursuites contre les ministres, comme le propose M. Lair (1), ce serait, d'une part, enlever au Parlement un droit de contrôle effectif et sérieux sur les actes du Pouvoir Exécutif ; ce serait, en outre, rendre la plupart du temps ce droit de poursuite illusoire et vain, le Chef de l'Etat ne devant normalement se faire qu'avec la plus grande répugnance l'accusateur de ceux qu'il a choisis et nommés.

C'est donc au Parlement que doit appartenir le droit de mettre les ministres en accusation. Telle est, en effet, la solution qui a été admise par la plupart de nos Constitutions. La question de savoir si ce droit doit être dévolu aux deux Chambres ou à une seule d'entre elles ne se pose pas dans les Constitutions qui, comme celle de 1875, attribuent à la Chambre Haute, érigée en Cour de Justice, le jugement des crimes ministériels ; c'est évidemment à la Chambre basse seule que peut appartenir dans ce cas le droit de poursuite. Telle est d'ailleurs aussi la solution la plus logique, lorsque les ministres sont déférés, pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, à un tribunal spécial autre que la Chambre Haute. Il est, en effet, d'une part, excessif d'exiger pour la mise en accusation d'un

(1) *Les Hautes Cours de Justice*, p. 427.

ministre le concours des deux Chambres, comme pour le vote d'une loi ; et, d'autre part, reconnaître ce droit de mise en accusation exclusivement à la Chambre Haute, ce serait risquer de compromettre le succès de toute tentative de poursuite, les membres de cette Chambre ayant généralement moins d'ardeur, moins d'esprit d'opposition que ceux de la Chambre basse ; une seule de nos Constitutions d'ailleurs, celle du 14 janvier 1852, a adopté ce dernier système. Or, il importe surtout que le droit de mise en accusation des ministres soit une arme d'un maniement prompt et facile, toujours suspendue sur la tête des agents du Pouvoir Exécutif. Ce droit peut évidemment entraîner des abus, mais ces abus seront de peu d'importance si la juridiction de jugement présente toutes les garanties voulues d'indépendance et d'impartialité.

La solution adoptée par la Constitution de 1875 paraît donc être la plus logique et la plus équitable. Mais les termes peu explicites de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 font naître, à propos du droit de mise en accusation de la Chambre des députés, un certain nombre de questions qu'il importe d'examiner et qui n'ont point été réglées par la loi du 5 janvier 1918. Cette loi, en effet, intitulée « Loi établissant la procédure à suivre, conformément au dernier paragraphe de l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, en matière de mise en accusation, d'instruction, de jugement du Président de la République et des ministres devant le Sénat, constitué en Cour de Justice, pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions », ne réglemente pas, en réalité, la procédure à suivre pour la mise en accusation elle-même d'un ministre par la Chambre des députés. Si, comme on le verra plus tard, elle a établi des innovations nombreuses en ce qui concerne l'organisation du ministère public, près la Cour de Justice, et le jugement des ministres devant celle-ci, elle ne s'occupe nullement, par contre, de la première partie de la procédure, de la mise en

accusation par la Chambre, et c'est à peine si on peut en tirer pour celle-ci quelques indications utiles. C'est que, comme le fait remarquer M. Barthélemy (1), la loi du 3 janvier 1918 n'a été votée qu'après l'accomplissement de toute cette première partie de la procédure dans le procès de M. Malvy ; elle s'est donc bornée à réglementer la seconde partie, celle qui ne s'était point encore déroulée devant la Cour de Justice, jugeant inutile de revenir sur la première. De même que la loi du 10 avril 1889, contrairement aux conclusions du rapporteur, M. Morellet, a négligé de réglementer l'ensemble de la procédure à suivre devant la Cour de Justice et de prévoir les cas où ce sont le Président de la République et les ministres qui lui sont déférés, de même la loi du 3 janvier 1918 s'est contenté de s'occuper de la partie de la procédure qu'il était immédiatement utile de régler, et a laissé tout le reste complètement dans l'ombre. Il faut remarquer d'ailleurs qu'une loi n'était pas réellement indispensable pour que le procès de M. Malvy put continuer à se dérouler devant la Cour de Justice. « Il est bon, écrit M. Barthélemy (2), et d'ailleurs juridiquement exact de proclamer le principe qu'une juridiction peut exercer sa compétence, même si la procédure devant elle n'est pas réglée. La loi de procédure n'était donc pas indispensable ; cela ne veut pas dire qu'elle n'était pas opportune ».

Il est certain qu'une pareille méthode qui consiste à ne réglementer que la procédure qu'il est immédiatement utile d'appliquer dans un cas déterminé présente des inconvénients graves et nombreux.

Quoiqu'il en soit, il importe, dans le silence des textes, de se reporter aux précédents et aux principes généraux pour solutionner les diverses questions relatives à la mise en accusation des ministres par la Chambre des députés, questions que nous allons examiner successivement.

(1) *Op. cit.*, p. 428.

(2) *Op. cit.*, p. 431.

§ 2. — *Le droit d'accuser les ministres est-il un droit exclusif au profit de la Chambre des députés ?* La procédure et la compétence établies par l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875 sont-elles obligatoires ou simplement facultatives ? Les ministres ne peuvent-ils être mis en accusation que par la Chambre des députés et jugés que par le Sénat, ou bien peuvent-ils être aussi poursuivis par le ministère public de droit commun et déférés aux tribunaux ordinaires ? Les deux thèses ont été soutenues devant la Chambre des députés dans la séance du 16 novembre 1880, l'une par M. Ribot, l'autre par M. Allain-Targé. Il est certain que les termes de l'article 12 imposent la seconde solution ; cet article dit en effet que les ministres *peuvent* être mis en accusation par la Chambre des députés et *en ce cas*, ils sont jugés par le Sénat ; ces termes ne sont donc point impératifs. Si on leur compare le premier alinéa du même article : « le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et jugé que par le Sénat », l'opposition des deux alinéas apparaît comme évidente et éclaire le sens du second. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Esmein (1), il y a sur ce point aujourd'hui une décision judiciaire : « La Chambre des mises en accusation de la Cour de Paris, par arrêté du 7 février 1893, a renvoyé un ancien ministre devant la Cour d'assises pour faits de corruption relatifs à ses fonctions, et l'arrêt déféré à la Cour de cassation n'a pas été cassé ». — M. Clos (2) a voulu nier que le deuxième alinéa de l'article 12 ait cette signification, il soutient que ses dispositions sont au contraire impératives dans tous les cas, et il appuie sa démonstration sur les travaux préparatoires, sur les termes de l'exposé des motifs de la loi du 16 juillet 1875 : « La loi du 25 février sur l'organisation du Sénat a déclaré, dans son

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

article 9, que le Sénat peut être constitué en Cour de Justice pour juger soit le Président de la République soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'Etat. Il nous a paru nécessaire d'ajouter que les poursuites contre le Président et les ministres *doivent* être exercées par la Chambre des députés ». M. Clos voit dans ce mot « doivent », la preuve que la procédure établie par l'article 12 est non point facultative, mais obligatoire ; quant à l'antithèse qui existe entre les deux alinéas de l'art. 12, elle n'a point, d'après lui, la signification qu'on lui prête : « Si l'alinéa premier, dit-il (1), a employé une formule limitative, c'est pour que le Président ne relevât que des Chambres, non seulement pour les délits commis dans l'exercice de ses fonctions, mais même pour les délits privés ; l'alinéa 2, au contraire, dût être conçu sous une forme différente, car les rédacteurs de la Constitution voulaient avec raison laisser aux tribunaux ordinaires la connaissance des délits privés des ministres ». — Il est difficile cependant d'attacher ce sens aux termes de l'art. 12. Quant au mot « doivent » de l'exposé des motifs, sur lequel M. Clos appuie son argumentation, il n'a ici nullement un sens impératif. L'exposé des motifs veut dire simplement que les poursuites contre les ministres doivent être exercées par la Chambre des députés, *quand elles sont exercées* devant la Cour de Justice, contrairement à ce qui se passe lorsqu'il s'agit d'attentats commis contre la sûreté de l'Etat, mais il ne déclare nullement que le droit d'accuser les ministres est un droit exclusif au profit de la Chambre des députés.

Ainsi, la réponse à cette question en droit pratique ne paraît pas douteuse, les ministres restent soumis, comme les autres citoyens, aux lois ordinaires. Mais cette solution

(1) *Op. cit.*

n'en reste pas moins fort regrettable, contraire à la fois à la logique et aux précédents.

Contraire aux précédents tout d'abord. L'article 55 de la Charte de 1814, devenu textuellement l'article 47 de celle de 1830, disait en effet : « La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Chambre des Pairs, qui, seule, a celui de les juger ». Le fait que la Chambre des Pairs était seule compétente pour juger les ministres, implique bien que seule la Chambre des députés avait le droit de les mettre en accusation. Le roi, en effet, ne pouvait se prévaloir de ce droit, et le procès de M. Teste, ancien ministre des Travaux publics, que la Cour des Pairs jugea en 1847, sans demander aucune autorisation de poursuite à la Chambre des députés, n'est nullement la preuve du droit du roi de traduire directement devant elle un ministre. L'ordonnance royale, saisissant la Haute-Cour, ne concernait que le général de Cubières ; la Cour des Pairs, pour juger M. Teste, ne sollicita pas une nouvelle ordonnance, elle déclara puiser son droit dans « l'indivisibilité du délit, en traînant l'indivisibilité de la poursuite contre tous les inculpés de faits connexes ». M. Lair (1), doute, avec raison, semble-t-il, que cette solution soit très juridique et très conforme à l'esprit de la Charte. On ne peut en tout cas déduire de ce cas, unique sous le régime des Chartes, que le roi conservait le droit de provoquer la mise en accusation des ministres, et ce droit restait bien le privilège exclusif de la Chambre des députés. De même les Constitutions de 1791, de 1793, de 1848, de 1852, de l'an VII, ont expressément soustrait, dans tous les cas, les ministres à l'application du droit commun, pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. Le *senatus consulte* de l'an XII et l'Acte Additionnel aux Constitutions de l'empire, sont, au contraire, moins explicites et semblent

(1) *Op. cit.*, p. 217.

laisser au ministère public de droit commun, la possibilité d'exercer son action.

La solution admise par la Constitution de 1875, est, en deuxième lieu, contraire à la logique et à l'équité. Nous avons vu dans la section précédente, que les tribunaux ordinaires étaient inaptes pour de nombreuses raisons à connaître des délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Or, les mêmes raisons s'appliquant dans tous les cas et pouvant être invoquées pour tous ces délits ministériels, il est profondément illogique de reconnaître, d'une part, la nécessité d'une juridiction spéciale, et de laisser, d'autre part, au ministère public de droit commun la possibilité de traduire les ministres devant les tribunaux ordinaires à raison de ces mêmes délits. L'abandon entre les mains du ministère public de l'alternative de la poursuite aurait, en outre, un grave inconvénient : le risque d'un conflit entre la Chambre et ce ministère public ; ce dernier pourrait-il aller à l'encontre des volontés de la Chambre si elle jugeait à propos de ne pas poursuivre ? Et qui pourrait dans ce cas solutionner ce conflit ?

La solution adoptée par la Constitution de 1875 est donc regrettable et condamnable en droit théorique.

§ 3. — *Le gouvernement peut-il intervenir d'une façon quelconque dans la procédure de mise en accusation d'un ministre par la Chambre des députés ?*

Il faut sans aucun doute répondre négativement à cette question. La solution contraire serait contraire aux précédents et à l'esprit de notre Constitution.

Le gouvernement ne peut donc pas tout d'abord prendre l'initiative d'inviter la Chambre à mettre un ministre en accusation. Dans la séance du 5 juin 1899, M. le Président de la Chambre des députés donnait lecture d'une lettre qui lui avait été adressée par M. Georges Lebret, garde des

sceaux, et où celui-ci invitait la Chambre à mettre en accusation le général Mercier, ancien ministre de la guerre, à la suite de l'arrêt de la Cour de Cassation dans le procès d'Albert Dreyfus. M. Pourquery de Boisserin et M. Ribot combattirent cette proposition, et ce dernier donna les véritables raisons de l'irrégularité de l'invitation du garde des sceaux : « Il n'appartient pas au gouvernement, dit-il, de provoquer, de mettre en mouvement la procédure de mise en accusation d'un ministre. La Chambre... a le droit, mais seule a le droit, de les mettre en accusation... Quand une proposition aura été faite, elle sera discutée, renvoyée aux bureaux, mais elle sera renvoyée comme un acte de l'initiative parlementaire, et non pas comme un acte du gouvernement ». La Chambre se rangea à cet avis, car elle se contenta de donner acte au gouvernement de sa communication et passa à l'ordre du jour.

Le gouvernement ne peut pas davantage, en second lieu, intervenir dans les débats sur la proposition de mise en accusation. C'est ce qu'affirma fort justement M. Clémenceau, à la séance du 28 novembre 1917 : « La Chambre exerce une prérogative qui lui est propre... Je n'ai pas à intervenir ».

De même il n'est pas besoin d'un décret du Chef de l'État, comme dans la procédure de 1889, pour constituer le Sénat en Cour de Justice. La résolution de la Chambre suffit par elle-même pour opérer cette constitution.

Enfin le gouvernement pourrait-il déférer au Sénat un ministre, d'après la procédure de la loi 1889, pour un crime à raison duquel le Sénat serait compétent *ratione materiæ*, c'est-à-dire pour un crime commis contre la sûreté de l'État ? Un certain nombre de membres de la commission des Trente-trois, dans le procès de M. Malvy, avaient manifesté le désir de laisser au gouvernement l'initiative des poursuites à exercer contre ce dernier, désir qui fut fort justement écarté par la Commission : « En déférant,

écrit M. Barthélemy (1), à la Cour de Justice, dans les conditions de la loi du 10 avril 1889, un ministre accusé d'avoir commis, dans l'exercice de ses fonctions, un attentat contre la sûreté de l'État, le gouvernement ne violerait certainement pas la lettre de nos textes constitutionnels et législatifs. Je suis convaincu cependant qu'il en violerait l'esprit. D'après toutes les traditions dont s'est inspirée manifestement la Constitution de 1873, un ministre ne doit comparaître devant la Chambre Haute pour faits de ses fonctions que sur une mise en accusation de la Chambre populaire ». Telle est, croyons-nous aussi, la réponse qu'il convient de faire à cette question. Le procès de M. Teste ne peut point être invoqué comme un précédent par les partisans de la solution opposée, puisque nous avons vu que cet ancien ministre ne comparut devant la Cour des Pairs que comme complice du général de Cubières et sans que celle-ci sollicitât une nouvelle ordonnance royale pour le traduire devant elle. Le délit reproché à M. Teste n'était point d'ailleurs de ceux pour lesquels le Sénat est compétent *ratione materiæ*.

§ 4. — *Quel est le caractère du droit d'accusation de la Chambre des députés et quels sont le rôle et les pouvoirs de cette Chambre ?*

Comme le fait remarquer M. Barthélemy (2), on se trouve en face de trois conceptions possibles du rôle de la Chambre mettant un ministre en accusation. Dans la première, elle se contente de déférer le ministre au Sénat, mais sans l'accuser formellement, en se considérant « comme un organe de transmission nécessaire pour mettre en mouvement l'appareil de la justice politique ». Dans la seconde, la

(1) *Op. cit.*, p. 461.

(2) *Op. cit.*, p. 444.

Chambre joue le rôle du ministère public de droit commun ; elle accuse le ministre, prend parti contre lui, mais le défère à la Cour de Justice, sans avoir fait d'instruction, et en laissant ce soin à la juridiction de jugement. Dans la troisième enfin, la Chambre joue le rôle de la Chambre des mises en accusation : elle fait sur l'affaire une instruction approfondie et a tous les pouvoirs du juge d'instruction et de la Chambre des mises en accusation de nos Cours d'appel.

M. Barthélemy juge, avec raison semble-t-il, la première conception insoutenable. C'est cependant elle qu'a adoptée la Chambre dans le procès de M. Malvy. « La commission chargée de lui présenter un rapport sur la proposition de résolution par laquelle M. Malvy lui-même demandait à être mis en accusation n'a fait aucune recherche, n'a entendu aucun témoin... Le rapporteur, M. Forgeot, a nettement exprimé la volonté de la commission de ne pas faire la moindre recherche quant au fond.... D'autre part l'acte de « mise en accusation » n'accuse aucunement M. Malvy..., et pour bien marquer sa volonté d'objectivité, elle emploie un mode qui est d'un usage très rare dans les documents judiciaires analogues : le conditionnel : « Attendu que, des documents ci-dessus énumérés, et sous la réserve des protestations ci-dessus rappelées, résulterait contre M. Malvy, « ministre de l'intérieur, prévention... ». La Chambre s'est « donc bornée à agir comme un organe de transmission (1) ». Mais c'est uniquement en raison des circonstances que la Chambre, désireuse d'éviter les responsabilités et se refusant à prendre parti contre M. Malvy, a adopté un pareil système contraire à la fois à la logique, aux précédents, et au texte même de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, qui prévoit bien une « mise en accusation » réelle d'un ministre par la Chambre des députés et non point une simple transmission par elle à la Cour de Justice d'une plainte formulée par un

(1) *Op. cit.*, p. 445.

simple particulier, ou même d'une demande de mise en jugement faite par le ministre lui-même. La procédure de mise en accusation dans le procès de M. Malvy était donc irrégulière à son début, et le Sénat, contrairement à la thèse soutenue par M. le procureur général Mérillon dans ses réquisitions du 28 janvier 1918, aurait fort bien pu ne pas tenir compte de la résolution de la Chambre et se refuser à juger M. Malvy. Il est vrai que notre histoire constitutionnelle nous fournit un exemple d'une Chambre basse ayant seulement le droit de dénoncer les ministres, sans avoir celui de les mettre en accusation par elle-même : tel était, en effet, le système établi par le *senatus consultus* de l'an VIII ; mais c'est là un cas isolé qui s'explique par le rôle effacé que jouait le corps législatif dans la Constitution de l'an VIII, et dont l'exemple ne saurait être suivi aujourd'hui.

M. Barthélemy (1) se rallie nettement à la troisième conception du rôle de la Chambre accusatrice, celle où elle agit comme une juridiction d'instruction et ne défère le ministre à la Cour de Justice qu'après avoir réuni contre lui des charges suffisantes et étudié à fond toute l'affaire. Seul ce système lui semble à la fois conforme aux principes généraux du droit et aux précédents, logique, pratique, sanctionné enfin par le droit pratique de la Constitution de 1875 et de la loi du 5 janvier 1918.

Conforme, tout d'abord, aux principes généraux du droit : le droit pénal exige en effet qu'une affaire soit examinée successivement par la juridiction d'instruction et la juridiction de jugement ; il serait contraire à ce principe de confier l'instruction des délits ministériels à la juridiction de jugement et d'enlever ainsi à l'accusé la garantie qui résulte de l'examen successif de son affaire par deux juridictions différentes.

(1) *Op. cit.*, p. 448 et suivantes

Conforme en second lieu aux précédents : c'est lui qui fut adopté dans le procès des ministres de Charles X. Dans la séance du 18 août 1830, le rapporteur de la Commission, M. Béranger, vint demander que la Chambre autorisât cette Commission « à exercer tous les pouvoirs appartenant aux juges d'instruction et aux Chambres du conseil ». Combattue par M. Persil qui s'appuyait sur les termes de la Charte déniaut à la Chambre des députés toute participation ou droit de juger, et par M. Villemain ; cette proposition fut néanmoins adoptée par la Chambre le 20 août 1830 après avoir été défendue surtout par M. Dupin. La Commission put donc exercer tous les pouvoirs appartenant aux juges d'instruction et aux Chambres du Conseil, décerner des mandats d'arrêt, procéder à des interrogatoires et à des auditions de témoins, etc. Enfin la Chambre « procéda à un vote par assis et levé sur chaque chef d'accusation reproché à chaque ministre, puis à un scrutin secret et séparé sur le cas de chaque ministre... Jusqu'au bout elle se reconnut donc tous les devoirs et tous les pouvoirs de la juridiction d'instruction ».

Ce système apparaît, en troisième lieu, seul logique et équitable à M. Barthélemy : La Chambre, dit-il, ne doit prendre une décision aussi grave que celle de mettre en accusation un ministre qu'en connaissance de cause, qu'après s'être entourée de tous les renseignements utiles et s'être livrée à une étude approfondie de l'affaire. Comment pourrait-elle satisfaire à cette condition sans faire elle-même l'instruction ?

Seul également, dit-il, ce système est pratique et permet notamment de s'assurer rapidement de la personne d'un ministre qui, sans cela, pourrait se dérober par la fuite au châtiement qu'il a encouru.

Enfin c'est le système qui a été adopté, selon lui, par la Constitution de 1875 et confirmé récemment par la loi du 5 janvier 1918. L'article 12 de la loi du 16 juillet dit, en

effet, que les ministres peuvent être « mis en accusation » par la Chambre des députés ; ces termes sont formels et donnent à la Chambre le rôle de la Chambre d'accusation dans la procédure ordinaire. D'ailleurs, la loi du 5 janvier 1918 est venu enlever tous les doutes qui pouvaient subsister à ce sujet ; son article 5 décide en effet que la Cour de Justice pourra ordonner, si l'instruction n'a pas été suffisamment complète, un supplément d'information : « L'opposition est très remarquable entre les termes évidemment employés à dessein : la Chambre fait *l'instruction* ; en cas d'insuffisance de cette instruction, la Cour de Justice peut ordonner une *information* complémentaire... Seulement, la loi de procédure prenant, au moment de sa promulgation, les affaires en cours au point où elles se trouvent, la question ne s'est pas posée formellement de savoir si la Chambre avait rempli son devoir d'instruction. Sous le nom d'information complémentaire, la commission du Sénat a procédé à la seule instruction véritable qui ait eu lieu sur l'affaire Malvy ». Il y a cependant, fait remarquer M. Barthélemy, une grande différence entre l'instruction véritable qui doit être faite par la Chambre, par l'intermédiaire de sa Commission, et l'information complémentaire qui peut être faite par la Commission du Sénat. Tout d'abord, la première doit être faite dans tous les cas, tandis que la seconde sera exceptionnelle, le supplément d'instruction étant un incident anormal devant les juridictions de jugement. Et en second lieu, tandis qu'une juridiction d'instruction clôt son instruction par une *décision*, la Commission de la Cour de Justice chargée de l'information complémentaire ne peut clore celle-ci que par un *rapport* et est impuissante par conséquent à arrêter la procédure commencée par la Chambre des députés. Ainsi bien que ne réglementant pas précisément la mise en accusation d'un ministre par la Chambre, la loi du 5 janvier 1918 laisse entendre que celle-ci a le droit et le devoir de procéder à

une instruction, et qu'elle peut seule procéder à cette instruction.

Telle est la thèse si remarquablement développée par M. Barthélemy. Aucun des arguments qu'il emploie ne paraît pourtant décisif ; il semble, au contraire, que le système qu'il défend n'est pas, d'une part, recommandable en droit théorique, et qu'il n'a pas été, d'autre part, complètement adopté par le droit pratique de la Constitution de 1875 et de la loi de 1918.

Ce système n'est pas tout d'abord conforme aux principes généraux du droit, il viole en effet la règle fondamentale d'après laquelle l'accusateur ne peut être en même temps juge dans sa propre cause, ce qui a lieu en faisant de la Chambre accusatrice la juridiction d'instruction. Sans doute, en adoptant la solution opposée, en confiant l'instruction au Sénat, on s'écarte également des règles ordinaires du droit commun. Mais cette seconde violation des principes généraux apparaît comme moins grave que la première, et de deux maux il faut choisir le moindre.

D'autre part, ses conséquences pratiques risquent d'être beaucoup moins fâcheuses. Le Sénat est, en effet, normalement plus calme, moins passionné que la Chambre des députés, moins susceptible de se laisser entraîner par la colère ou la rancune politique dans cet acte pourtant si grave, si capable d'influer grandement sur le jugement, qu'est l'instruction du délit. D'ailleurs, il faut remarquer que cette violation des principes généraux est plus apparente que réelle ; aux termes, en effet, de la loi de 1889, l'instruction est faite devant la Cour de Justice par une Commission de neuf sénateurs, qui, d'après l'article 16 de cette loi, ne peuvent concourir au jugement s'ils sont récusés par la défense, et l'on sait que ces dispositions ont été rendues applicables par la loi du 5 janvier 1918 au cas où c'est un ministre qui est traduit devant la Cour de Justice.

Il suffira donc que la défense use de la faculté que lui

donne cet article 16 pour qu'il n'y ait pas pratiquement de confusion entre la juridiction d'instruction et la juridiction de jugement, pour qu'un double examen successif de l'affaire soit fait par deux assemblées en réalité différentes : la Commission d'information et la Cour de Justice. En adoptant donc la solution opposée à celle que défend M. Barthélemy, en confiant au Sénat l'instruction des délits ministériels, on ne fait qu'amoindrir légèrement les garanties que le droit commun offre à l'accusé, amoindrissement certes plus théorique que pratique ; on ne viole pas directement ce droit commun comme on le ferait en tout cas en confiant l'instruction à la Chambre accusatrice, en permettant à celle-ci d'être à la fois juge et partie dans le procès.

Telle est la solution qui fut adoptée sous le régime des Chartes, peu après le procès des ministres de Charles X, par ceux-là mêmes qui avaient défendu la thèse contraire lors du procès. Dans le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 12 décembre 1832, par M. Barthe, garde des sceaux, le gouvernement émit l'avis qu'il n'y avait point lieu de consacrer le précédent de 1830 et de laisser l'instruction aux mains de la Chambre. « Les analogies judiciaires, disait l'Exposé des motifs, auraient suffi pour nous avertir de ne pas placer la personne et les papiers du ministre sous la main de la Chambre des députés ; elle n'est point une Cour de Justice, elle est un ministère public. Puisqu'elle accuse, elle ne peut avoir les attributions du juge. Une incompatibilité que nos lois reconnaissent, refuse à la partie poursuivante le moindre droit sur l'accusé... ». Et M. Bérenger lui-même, rapporteur de la Commission nommée pour l'examen de ce projet, disait dans la séance du 20 avril 1833 : « Il serait contre tous les principes de conserver à la Chambre le droit de décerner des mandats contre les ministres inculpés ; *dans son rôle d'accusatrice*, elle ne peut revendiquer ce droit car elle est partie ; elle se trouve dans la même position envers les prévenus que le serait le minis-

tère public à l'égard des accusés ordinaires ; or, dans aucun système de législation, le ministère public n'a jamais été autorisé à lancer des mandats d'arrêt, il ne peut qu'en requérir la délivrance ». Bien que le projet de loi n'ait pas eu de suite, l'opinion émise par le gouvernement et défendue par M. Béranger, recueillit l'approbation de la majorité des membres de la Chambre. On ne peut donc point affirmer que les précédents soient en faveur de la thèse défendue par M. Barthélemy ; il semble plutôt au contraire que la procédure suivie en 1830 doit être considérée comme un incident anormal dû surtout à la surexcitation des passions politiques et à l'émotion causée par le coup d'état des ministres de Charles X.

On ne peut, en troisième lieu, affirmer que le système qui confie l'instruction à la Chambre soit seul logique et équitable. Celle-ci peut fort bien se décider en connaissance de cause à mettre un ministre en accusation sans procéder à une instruction approfondie. Le ministère public de droit commun ordonne bien des poursuites dès qu'il existe contre un inculpé des présomptions suffisantes, mais sans avoir étudié à fond l'affaire ; la Chambre doit pouvoir agir de même et décider la mise en accusation d'un ministre après avoir fait faire par une Commission une enquête sommaire.

Enfin, on ne peut pas non plus prétendre que ce système soit le seul pratique parce que permettant de s'assurer rapidement de la personne des ministres. La Constitution du Sénat en Cour de Justice par la Chambre des députés, la désignation de la commission des 9, et la mise en état d'arrestation par cette dernière du ministre coupable, peuvent, en fait, s'accomplir très rapidement, et cette rapidité pourra normalement mettre obstacle à la fuite de l'accusé. D'ailleurs, cette fuite serait-elle donc si regrettable ? Non, certainement. Comme on l'a vu, le bannissement est la peine la plus appropriée aux délits ministériels, la plus sévère en

même temps de celles qu'on doit pouvoir prononcer contre eux ; en se l'infligeant lui-même le ministre devance simplement la sentence de la Cour de Justice, il disparaît du pays où il pourrait surtout exercer une influence néfaste ; il peut même, si la Chambre juge inutile de le poursuivre et de faire prononcer contre lui une condamnation par défaut, faire éviter la mise en action d'un procès toujours pénible et toujours fâcheux par le trouble qu'il suscite dans l'opinion.

Le système d'après lequel la Chambre accusatrice joue le rôle du ministère public de droit commun, accuse le ministre et le défère à la Cour de Justice sans avoir fait d'instruction, sans que la Commission qu'elle a nommée pour faire une enquête sommaire sur les faits incriminés possède en rien les pouvoirs du juge d'instruction et de la Chambre des mises en accusation, nous semble donc le meilleur en droit théorique, et la thèse soutenue par M. Barthélemy ne paraît en aucun point inattaquable. Mais en est-il de même dans le droit pratique de la Constitution de 1875 et de la loi du 5 janvier 1918 ? C'est ce qu'il importe maintenant d'examiner.

Tout d'abord, les termes « mis en accusation », employés par l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, sont trop vagues pour qu'on puisse leur donner un sens précis et entendre par eux que la Chambre des députés joue le rôle de la Chambre d'accusation dans la procédure ordinaire. « Mettre en accusation », cela signifie ici déférer, à traduire devant, accuser, dans le sens le plus général du mot. Il semble même résulter des paroles de M. Dufaure, rapporteur de cette loi du 16 juillet, que ses auteurs avaient entendu réserver au Sénat le soin de faire l'instruction des délits ministériels. « Quant aux formes à suivre pour l'*instruction* et le jugement, disait-il dans l'exposé des motifs (1),

(1) SIREY. *Lois annotées*. 1875, p. 139.

le Sénat les règlera lui-même..... ou elles seront prescrites par une loi spéciale ». Cette intention des Constituants de 1875 n'a d'ailleurs rien de surprenant quand on connaît l'influence qu'ont exercée sur eux les précédents des deux Chartes que l'on a vus plutôt favorables à la thèse que nous défendons et ceux du droit anglais qui lui sont également favorables ; dans la procédure de l'impeachment, en effet, la Chambre des Communes ne fait pas l'instruction proprement dite (1). — On ne peut nier cependant que la loi du 5 janvier 1918 soit venue permettre indirectement à la Chambre de procéder à une instruction : son article 5 dit, en effet, que la Cour de Justice pourra ordonner un supplément d'information si l'instruction n'a pas été suffisamment complète. Le texte de cette loi en désaccord complet, croyons-nous, avec la logique, les précédents et l'esprit même de la Constitution de 1875 suppose donc qu'une instruction a déjà été faite par la Chambre des députés avant que la Cour de Justice ait été saisie de l'affaire. Il est pourtant peut-être excessif d'en conclure, comme le fait M. Barthélemy, que la loi de 1918 tranche définitivement la question de l'instruction des délits ministériels, en confiant exclusivement celle-ci à la Chambre et en n'abandonnant au Sénat que le droit de demander un supplément d'information, qui n'est autre que le droit que possèdent toutes les juridictions de jugement de droit commun ; si une telle conclusion résulte peut-être du texte même de la loi, elle ne résulte pas à coup sûr de son esprit.

Il faut, en effet, remarquer tout d'abord que la loi du 5 janvier 1918 ne réglemeute pas directement la mise en accusation des ministres par la Chambre des députés ; ce n'est que d'une façon détournée que l'on peut en tirer quelques indications en ce qui concerne celle-ci. Il convient donc de ne pas trop s'attacher au sens littéral de termes qui

(1) LAIR. *Les Hautes Cours politiques*, p. 138 et 325.

n'avaient peut-être pas dans la pensée du législateur la signification qu'on leur prête, et qui tendraient à régler indirectement toute une partie de la procédure qu'il a entendu au contraire laisser volontairement dans l'ombre.

Il faut observer, en deuxième lieu, que l'information dite complémentaire n'a nullement, dans l'esprit du législateur, l'importance accessoire que revêt généralement le supplément d'instruction devant les juridictions de jugement de droit commun ; elle semble au contraire devoir faire partie de la procédure normale devant la Cour de Justice : cinq articles sur dix que contient la loi lui sont en effet consacrés, ce qui suffit à montrer quelle importance elle revêtait aux yeux de ses auteurs.

La commission d'information complémentaire ne termine pas, il est vrai, ses travaux par une *décision*, mais par un simple *rapport* (1). Mais si la Chambre a consacré cette solution, c'est uniquement par suite des circonstances et pour des raisons purement politiques. La Commission de la Chambre donnait en effet à cette commission d'information exactement le même rôle que dans l'hypothèse de la loi de 1889, lorsque la Cour de Justice est saisie pour juger des attentats contre la sûreté de l'Etat. « Il est de principe, disait M. André Hesse, que dans toute juridiction il existe un organe chargé de décider s'il y a lieu ou non à un renvoi devant un tribunal ». Mais M. Paul Meunier fit remarquer à la Chambre que pour calmer les esprits troublés par les attaques contre M. Malvy, une décision de la commission d'information ne suffirait pas, il fallait un jugement solennel rendu par la Cour de Justice elle-même. La Chambre s'est inclinée devant cette considération et a rejeté le projet de sa commission. Mais c'est, on le voit, pour des raisons purement de circonstance que le droit de clore

(1) Tout comme, d'ailleurs, la Commission d'instruction de la Chambre, voir plus loin, p. 116.

l'affaire en concluant à l'innocence de l'accusé a été refusé à la commission d'information ; elle possède du reste, par ailleurs, tous les autres pouvoirs du juge d'instruction et de la Chambre des mises en accusation.

Ainsi c'est bien plutôt une dualité de juridictions d'instruction que la loi du 5 janvier 1918 établit en réalité qu'un droit exclusif d'instruction au profit de la Chambre des députés. Malgré les termes dont elle se sert, elle maintient bien en fait au Sénat le droit d'instruire les crimes ministériels ; et que ce droit soit à ses yeux fort important, cela résulte tant de la place qu'elle lui consacre que de l'esprit de la loi de 1889 dont elle emprunte en grande partie la procédure et dans laquelle la commission des neuf sénateurs joue un rôle si prépondérant. La solution qu'elle adopte se rapproche donc beaucoup, en dépit des apparences, de celle que nous avons recommandée en droit théorique ; elle n'en diffère que par le droit qu'elle laisse à la Chambre de procéder elle-même à une instruction, mais ce droit ne sera en réalité que théorique et perdra la plus grande partie de son importance par le fait que la Cour de Justice sera toujours libre de ne pas tenir compte des travaux de la Commission de la Chambre et de recommencer une nouvelle instruction véritable, à laquelle elle procèdera toujours en fait sous le nom d'information complémentaire.

Mais la loi du 5 janvier 1918 impose-t-elle à la Chambre le devoir d'instruire les crimes ministériels ou lui en laisse-t-elle seulement la faculté ? La deuxième alternative a été soutenue par le procureur général Mérillon et combattue par M. Barthélemy. « Ce texte, a dit le premier, qui vise le cas où l'instruction vous paraît incomplète et dans lequel rentre a fortiori celui où aucune instruction n'a été faite, nous autorise à ordonner un supplément d'information sur les faits relevés par l'accusation ». — « Voilà, répond M. Barthélemy (1), un argument a fortiori dont

(1) *Op. cit.*, p. 456.

la valeur paraît douteuse. Une mise en accusation sans instruction préalable est nulle, donc non recevable. Le qualificatif de *complémentaire* suppose d'ailleurs que la chose à laquelle il s'applique vient s'ajouter à une autre chose déjà existante ; il y a des compléments à des valeurs positives, il n'y a pas de complément à zéro ». Il résulte en effet des termes de la loi, que la Chambre des députés a l'obligation théorique de procéder à une instruction sur les faits incriminés, mais il est bien certain que cette obligation sera toujours dépourvue de sanction, et que la Chambre pourra toujours se contenter de renvoyer l'affaire à la Commission sénatoriale après avoir fait faire une enquête sommaire sur le délit qu'elle veut poursuivre ; les précédents de l'affaire Malvy lui permettront toujours de se dérober au devoir d'instruire. D'ailleurs, la question apparaît comme complètement dénuée d'intérêt pratique si l'on songe au peu d'importance que l'instruction aura en fait par suite de la faculté que gardera toujours la Cour de Justice de n'en pas tenir compte et de se reporter uniquement à celle qui aura été faite par sa propre commission.

Aussi, bien que le texte de la loi du 5 janvier 1918, en désaccord sur ce point avec les principes généraux, la logique, les précédents et la Constitution de 1875 elle-même donne, si on le prend dans son sens littéral, à la Chambre le droit exclusif, lui impose même le devoir d'instruire les délits ministériels avant de les déférer au Sénat ; il résulte cependant de l'esprit de cette loi, du fait qu'elle ne réglemente qu'indirectement la mise en accusation, de l'importance qu'elle accorde à l'information complémentaire, et des pouvoirs qu'elle reconnaît à la commission sénatoriale chargée de la faire, qu'elle établit bien une double juridiction d'instruction dont la seconde seule, la Commission sénatoriale aura un intérêt pratique. Le système défendu par M. Barthélemy est donc loin d'avoir triomphé dans le droit pratique de la loi du 5 janvier 1918. Il importerait

néanmoins de voir disparaître cette anomalie que constitue le droit pour la Chambre de procéder à une instruction approfondie des délits ministériels avant de les déférer à la Cour de Justice, droit qui ne peut qu'être inutile et superflu, susceptible de compliquer et de faire traîner en longueur la procédure ; ce sera, espérons-le, l'œuvre de la prochaine loi, formellement promise par le législateur, et qui doit combler les lacunes de la loi de 1918 en réglementant la mise en accusation des ministres par la Chambre des députés.

Une dernière question reste à résoudre : si l'on admet que la Chambre doit instruire, quels seront les pouvoirs de la Commission qui est chargée de préparer sa décision ? M. Barthélemy fait justement remarquer qu'il ne faudrait pas confondre la situation de cette Commission avec celle des commissions d'enquête que nomme la Chambre lorsqu'elle exerce son contrôle constitutionnel sur le gouvernement. Ici, en effet, « elle exerce une attribution à elle propre et de nature judiciaire (1) : Si l'on reconnaît que la Chambre chargée de la mise en accusation doit instruire, il faut décider par là même qu'elle a tous les pouvoirs de la juridiction d'instruction, et que c'est la Commission chargée de préparer sa décision qui les exercera en son nom : Mais il est bien entendu que cette commission ne prendra pas par elle-même de décision définitive : elle n'a pas qualité pour prendre des ordonnances de non lieu ou de renvoi, elle est seulement chargée de préparer par un rapport la décision de la Chambre ». — Tels sont en effet les principes qu'il conviendrait de poser en la matière, si l'on reconnaissait à la Chambre le droit d'instruire.

(1) *Op. cit.*, p. 450.

SECTION III

Le Ministère Public près la Cour de Justice

La mise en accusation d'un ministre une fois décidée par la Chambre des députés, à qui appartient-il de soutenir cette accusation devant la Cour de Justice ?

Nous entrons ici dans la partie de la procédure qui a été directement réglée par la loi du 5 janvier 1918 sur la mise en accusation du Président de la République et des ministres. L'organisation du ministère public près la Cour de Justice par cette loi se ressent profondément des circonstances dans lesquelles elle a été votée; de même que la Chambre, profondément désireuse de ne pas prendre parti dans le procès de M. Malvy s'est refusée à accuser formellement celui-ci et à faire sur les faits qui lui étaient reprochés une instruction quelconque, de même lorsqu'elle a eu à régler l'organisation de ce ministère public, elle s'est surtout préoccupée de se réserver la faculté de demeurer dans sa neutralité vis-à-vis de l'ancien ministre, de ne pas s'obliger elle-même à soutenir devant la Cour de Justice une accusation qu'elle n'avait à aucun moment expressément formulée. Elle a été ainsi amenée à créer un ministère public anormal, hétérogène, en contradiction directe avec les précédents et les principes de la logique et de l'équité. Étudions le tel qu'il a été établi par la loi du 5 janvier 1918; nous examinerons ensuite les critiques nombreuses qu'il mérite.

§ 1. — Cette loi organise deux ministères publics différents, le premier composé de magistrats, normal, permanent et devant fonctionner dans tous les cas, le second composé de commissaires désignés par la Chambre pour chaque affaire déterminée et dont le fonctionnement est purement facultatif :

1° Le premier présente les trois caractères essentiels suivants (1) :

a) *L'Unité* : il comprend un procureur général et deux avocats généraux, mais, aux termes de l'article 9, « les fonctions du ministère public sont remplies par le procureur général qui, seul, requiert au nom de la loi » ; le rôle des avocats généraux consiste uniquement à l'assister et à le remplacer au besoin.

b) *L'Indépendance* : les trois magistrats qui le composent sont pris parmi les magistrats inamovibles de la Cour de Cassation et désignés par l'Assemblée générale de cette dernière.

c) *La Permanence* : il est désigné en effet chaque année à une date fixe, la deuxième quinzaine de janvier, conformément au principe si juste déjà adopté par la loi de 1889 en ce qui concerne la commission d'instruction devant la Cour de Justice. Il ne sera donc jamais nommé en vue d'une affaire déterminée, et son choix ne pourra jamais faire naître aucun soupçon de partialité.

Ces principes ont été, dit M. Barthélemy, facilement adoptés par la Chambre et le Sénat : « il n'y a eu de conflit que sur un point secondaire et ne présentant qu'un faible intérêt. La Chambre estimait que ce parquet, tout en étant pris dans la Cour de Cassation, ne devait pas être pris dans l'élément inamovible de cette haute juridiction....., c'était l'intérêt de la Cour de Cassation elle-même qui la préoccupait..... Les magistrats inamovibles de la Cour de Cassation n'ont pas en principe à juger des questions de fait ; ils restent enfermés dans la tour d'ivoire du droit pur. Le prestige de la Cour est donc intéressé à ce que les bruits du dehors et surtout les orages de la politique expirent à son seuil..... Ce conflit portait sur un point secondaire..... la Cour de

(1) BARTHELEMY. *Op. cit.*, p. 586 et suivantes.

Cassation examine des questions de droit et le procureur général exprime des opinions juridiques sur des problèmes juridiques..... On le ferait sortir de son rôle en l'appelant à requérir sur des questions de fait ». La solution proposée par la Chambre et qui tendait à enlever au ministère public organisé par la loi de 1918 un de ses trois caractères essentiels, a été, croyons-nous, justement repoussée par le Sénat. Qu'on ne dise pas, en effet, qu'« il y aurait peut-être un avantage à la solution de la Chambre, c'est que le procureur général est plus habitué que les magistrats inamovibles à collaborer avec le gouvernement, de telle sorte que celui-ci serait moins absent du procès (1) », puisque précisément le gouvernement doit être absent du procès et participer aussi peu au jugement d'un ministre devant la Cour de Justice qu'à sa mise en accusation par la Chambre des députés.

2° Le second des ministères publics organisés par la loi du 5 janvier 1918, est caractérisé, lui, par les traits suivants :

a) La constitution, dans chaque cas, est purement facultative pour la Chambre ; celle-ci ne désigne de commissaire que si elle le veut bien, dans chaque affaire déterminée.

b) Son rôle est à la fois accessoire et indéterminé. L'article 9 en effet de la loi nouvelle s'exprime ainsi : « Les fonctions du ministère public sont remplies par le Procureur général qui, seul, requiert au nom de la loi. La Chambre des députés peut désigner un commissaire et deux commissaires adjoints pour suivre l'accusation et présenter, tant au cours de l'information complémentaire qu'à l'audience, toutes observations et conclusions ». Ainsi le Procureur général, seul, « requiert au nom de la loi » ; le rôle des commissaires de la Chambre qui ne peuvent présenter que des « observations et conclusions » apparaît comme

(1) *Op. cit.*, p. 588.

bien effacé vis-à-vis du sien. Un exemple pratique de cette importance secondaire des fonctions des commissaires nous est fourni par l'alinéa 2 du même article 9 : « Après que le Procureur général a rendu le dossier avec ses réquisitions écrites, communication en est donnée au conseils des inculpés par la voie du greffe où le dossier demeure déposé au moins pendant cinq jours ». Il n'est point question dans cet alinéa des observations et conclusions des commissaires de la Chambre ; seules les réquisitions du Procureur général y apparaissent comme importantes, nécessaires, notamment pour faire courir les délais.

Tel est le double ministère public établi par la loi du 5 janvier 1918 ; cette organisation présente de graves défauts et prête le flanc à de nombreuses critiques qu'il convient maintenant de développer.

§ 2 — En ce qui concerne la composition du ministère public près la Cour de Justice, trois systèmes principaux sont théoriquement concevables, et ont d'ailleurs alternativement été adoptés par nos diverses Constitutions. Le premier consiste à désigner, pour remplir ce rôle, des magistrats nommés par le gouvernement et pris, bien entendu, en dehors de la Chambre. Dans le second système, c'est la Chambre elle-même qui soutient son accusation devant le Sénat au moyen de commissaires élus par elle et pris parmi ses membres. Le troisième est un système mixte, une sorte de combinaison des deux précédents, et consiste à adjoindre aux commissaires de la Chambre des magistrats pris en dehors d'elle.

Seul le second système nous paraît à la fois rationnel et conforme à la tradition ; les deux autres doivent être rejetés sans hésiter comme illogiques, en contradiction formelle avec les précédents dont s'est inspirée la Constitution de 1875, de nature enfin à donner lieu à des difficultés pratiques graves et nombreuses.

Le premier système tout d'abord est en premier lieu *illogique*. On sait que la mise en accusation d'un ministre est un fait à la fois politique et judiciaire. Les mêmes raisons qui s'opposent à ce que cette mise en accusation puisse être effectuée par les officiers du ministère public de droit commun doivent s'opposer également à ce que ceux-ci puissent être chargés de requérir contre lui. Il est vrai qu'il ne s'agit plus ici d'une initiative personnelle des magistrats du ministère public, initiative dont on a vu les inconvénients et l'impossibilité pratique, mais plutôt d'une mission à accomplir, mission exactement déterminée par les termes de la mise en accusation décrétée par la Chambre des députés. Mais le manque d'indépendance de ces magistrats, sur les dangers duquel il est inutile de revenir, n'en sera pas moins ici à craindre et pourra engendrer des conséquences tout aussi funestes ; il permettra notamment au gouvernement qui, on l'a vu, doit rester absent de toute procédure de mise en accusation par la Chambre des députés, de rentrer en scène lors du jugement devant la Cour de Justice, lors de l'information complémentaire même de la Commission sénatoriale, et de jouer en définitive un rôle important dans le procès, ce qui est contraire à tous les principes les mieux établis en la matière. Il est certainement plus rationnel et plus équitable de suivre ici le principe général de droit pénal d'après lequel celui qui a reçu de la loi le droit d'accuser est naturellement appelé à suivre l'accusation. Comme on l'a fait remarquer en 1830, la Chambre « est moins encore juge de l'accusation que partie accusatrice » ; sa mission ne doit donc finir qu'avec le procès lui-même et lorsque la punition du coupable est obtenue. De même qu'elle a le droit de décréter la mise en accusation, de même elle a le droit de soutenir cette accusation devant la Cour de Justice ; et comme elle ne peut paraître en bloc devant cette juridiction, c'est au moyen de commissaires choisis par elle et pris parmi ses membres qu'elle doit normalement agir.

Ce premier système est en second lieu en contradiction expresse avec les précédents dont s'est inspirée la Constitution de 1875. Dans la procédure anglaise de l'impeachment, en effet, qui est l'origine de notre mise en accusation, la mission de soutenir celle-ci était confiée à des commissaires ou managers, choisis par la Chambre des communes parmi ses membres. C'est également la méthode qui fut suivie lors du procès des ministres de Charles X : la Chambre désigne comme commissaires MM. Béranger, Persil, et Madier de Montjau qui furent investis de toutes les attributions et de tous les droits qui appartiennent au ministère public ; la seule de ces attributions qui ne leur soit pas paru applicable en l'espèce est celle qui concerne l'exécution des arrêts. Nommés pour suivre l'accusation jusqu'à la fin, leurs pouvoirs expiraient naturellement à l'arrêt définitif ; d'ailleurs, ils n'avaient à leur disposition aucune force publique pour faire exécuter les condamnations prononcées. Ce fut donc au gouvernement lui-même que la Cour des Pairs s'adressa pour assurer cette exécution. Telle est également la procédure qui fut consacrée en termes formels par l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, dont l'article 49 déclare. « L'accusation étant prononcée, la Chambre des représentants nomme cinq commissaires pris dans son sein pour poursuivre l'accusation devant la Chambre des Pairs ». Certaines de nos Constitutions ont pourtant, il est vrai, adopté ce système. La loi du 10 vendémiaire an IV confiait le jugement des délits ministériels au tribunal criminel du département où siégeait le pouvoir exécutif lors du délit ; le ministère public était donc celui du tribunal même, c'est-à-dire le ministère public de droit commun. Dans la Constitution de 1848, ce rôle était confié, en cas d'accusation du Président de la République ou des ministres, à des magistrats choisis par l'Assemblée nationale dans toute l'étendue du territoire de la République. Le senatus consulte de l'an XII

abandonnait à un procureur général *nommé à vie* par l'empereur et assisté par trois membres du Tribunal (1) et trois magistrats ordinaires le soin de soutenir l'accusation des ministres devant la Haute Cour impériale. Aux termes enfin du senatus consulte du 10 juillet 1852, « le procureur général et les autres magistrats du ministère public étaient *nommés pour chaque affaire* par le décret du Président de la République qui saisissait la Haute Cour ».

Mais toutes ces Constitutions, sauf celle de 1848 (et encore convient-il de remarquer que celle-ci n'a pas adopté complètement le premier système, mais bien plutôt une sorte de système mixte puisqu'elle faisait désigner les magistrats du ministère public non par le gouvernement mais par l'Assemblée nationale), consacraient des régimes de pouvoir personnel, où le rôle du Parlement était peu important ; on sait d'ailleurs qu'elles n'ont en rien influé sur l'esprit du constituant de 1875 qui s'est surtout inspiré du régime des deux Chartes. Les rapporteurs de la loi de 1875 semblent d'ailleurs inviter formellement la Chambre à se conformer aux précédents consacrés sous ce régime. M. Lefèvre Partalis dit en effet : « Les grands procès politiques, qui ont été jugés par la Chambre des Pairs avec autant de fermeté que d'indépendance, sont des traditions que le Sénat saura au besoin continuer ». Et M. Dufaure, rapporteur de la loi du 16 juillet 1875 : « Quant aux formes à suivre pour l'instruction et le jugement, le Sénat les réglera lui-même, comme l'avait fait, avec tant de mesure et de fermeté, la Chambre des Pairs de 1830, ou elles seront prescrites par une loi spéciale ». Aussi, en 1879, lors de la proposition de mise en accusation des ministères de Broglie et Rochebouët, la procédure suivie en 1830 apparut-elle

(1) Ces trois membres étaient nommés annuellement par le Corps législatif. La participation de l'Assemblée à l'accusation des ministres n'était donc pas absolument nulle sous ce régime.

comme implicitement adoptée par la Constitution de 1875, et M. Brisson, dans son rapport du 8 mars, demandait-il à la Chambre de nommer trois commissaires pour soutenir l'accusation devant la Cour de Justice.

Ce premier système n'est donc point conforme aux précédents. Il est enfin en troisième lieu de nature à engendrer des difficultés pratiques, graves et nombreuses : qu'arriverait-il tout d'abord si la conscience des magistrats ainsi choisis pour former le ministère public les amenait à déclarer que l'accusation intentée par la Chambre est injuste et calomnieuse et qu'il faut l'abandonner ? Il est facile de deviner le trouble qu'une pareille déclaration aurait dans le pays et le scandale qu'elle y produirait. Pour que la Chambre soit assurée que son accusation sera soutenue dans tous les cas devant la Cour de Justice, et ne soit pas exposée à un désaveu retentissant, il est donc indispensable que le ministère public près de cette Cour soit composé de commissaires nommés par elle.

Qu'arrivera-t-il ensuite si la Cour de Justice, adoptant la théorie de l'arbitraire, juge la politique même du ministre et condamne celui-ci pour des faits non prévus par la loi pénale ? Qu'elle sera ici la situation des magistrats du ministère public dont l'unique mission est de faire respecter cette loi pénale ? Il est certain que leur incompétence complète en matière politique leur rendra absolument impossible l'accomplissement de leurs fonctions.

Si, d'autre part, la Cour de Justice transforme en quelque sorte l'accusation décrétée par la Chambre des députés, si, comme cela s'est produit dans le procès de M. Malvy, elle retient les mêmes faits avec des qualifications différentes, il n'y aura pas près d'elle un ministère public capable d'établir la liaison entre elle et la Chambre et de demander à celle-ci ce qu'elle pense de cette transformation de l'accusation, ce qui pourra donner l'apparence d'un désaccord entre les deux Chambres.

Enfin, un dernier inconvénient pratique de ce système est de mêler la magistrature aux querelles des partis politiques et de l'exposer à la rancune des amis du ministre condamné. « Il est impossible, écrit M. Barthélemy (1), de tenir le rôle de ministère public et de contenter tout le monde. Le chef du parquet, ayant soutenu l'accusation, a été l'objet de vives attaques de la part des journaux qui soutenaient la politique de l'ancien ministre de l'Intérieur..., etc. ».

Ainsi, au triple point de vue de la logique, des précédents et de la pratique, le système qui confie exclusivement à des magistrats le rôle du ministère public apparaît comme inacceptable. C'est, au contraire, le système qui consiste à faire remplir ces fonctions par des commissaires de la Chambre accusatrice qui, à tous ces points de vue, est recommandable.

Mais on peut se demander si les nécessités du droit politique qui exigent devant la Cour de Justice la présence de ces commissaires ne peuvent pas se concilier jusqu'à un certain point avec les principes du droit commun, s'il est impossible d'adjoindre aux délégués de la Chambre des magistrats pris en dehors d'elle et désignés par le gouvernement.

On peut invoquer en faveur de ce système qui, avant la loi du 5 janvier 1918, n'avait été adopté que par celles des 10-15 mai 1791 (2) (celle-ci adjoignait au commissaire du roi près le tribunal de district dans le territoire duquel la Haute Cour se réunissait quatre des membres du Corps législatif nommés par cette assemblée au moment où elle proclamait solennellement la formation de la Haute Cour), les arguments suivants : Il est impossible d'admettre que

(1) *Op. cit.*, p. 595.

(2) Sous le régime du senatus consulte de l'an XII, le rôle des trois membres du Tribunal était si minime qu'il peut être pratiquement considéré comme nul.

des citoyens que leur situation expose particulièrement à la rancune d'adversaires politiques soient poursuivis et accusés sans que la justice régulière puisse prendre part à leur jugement et assurer en leur faveur le respect des garanties que notre droit pénal offre aux accusés. Les commissaires de la Chambre ont un intérêt trop direct au triomphe de leurs causes pour apporter dans leurs fonctions l'impartialité que le ministère public agissant au nom de la société est capable, lui, de conserver ; il faut donc leur adjoindre des magistrats qui veilleront à l'exécution et au respect des lois.

Ce système mérite, cependant, d'être rejeté tout comme le premier. Il présente, en effet, d'une part, tous les désavantages de celui-ci, sauf un, toutefois : il permet d'assurer la liaison entre la Chambre et la Cour de Justice en cas d'une transformation de l'accusation. Il est, à part cela, illogique, contraire aux précédents, susceptible, enfin, de soulever de nombreuses difficultés pratiques. Et il offre, en second lieu, des inconvénients qui lui sont particuliers, et que le président Pasquier rendit, en 1830, sensible à tous les yeux par le dilemme suivant : « Si tous deux (les deux ministères publics), disait-il, soutiennent l'accusation, quel poids énorme ce concours ne mettra-t-il pas dans la balance ? Comment les accusés résisteront-ils à cette double poursuite ? Si, au contraire, les commissaires de la Chambre et le procureur général venaient à être divisés d'opinion ; si le procureur général usait du droit qui appartient au ministère public de se désister d'une accusation qu'il croit mal fondée ; s'il parlait à la décharge, lorsque les commissaires persisteraient dans l'accusation, quel scandale, quel désordre, ne résulterait pas de ce conflit entre deux des grands pouvoirs de l'Etat ». Ces quelques lignes montrent tous les défauts particuliers de ce troisième système. Qu'on ne dise pas, d'autre part, que l'adjonction des magistrats servira à assurer le respect de la loi par la Cour de Justice ; c'est, en effet, une règle fondamentale du droit que les lois doivent

être respectées par toutes les juridictions quelles qu'elles soient. S'il existe donc une loi relative aux délits ministériels, les commissaires de la Chambre devront en observer les dispositions. Et s'il n'en existe pas, quelle garantie supplémentaire offriront les magistrats de droit commun ? La seule garantie possible ici réside dans la sagesse même du tribunal.

Ainsi, le troisième système ne paraît pas plus acceptable que le premier, et, seul, celui qui confie le rôle du ministère public exclusivement aux commissaires de la Chambre est logique, conforme aux précédents et pratique.

La loi du 5 janvier 1918 donc, en adoptant ce troisième système, a commis une grave erreur et prête le flanc à de nombreuses critiques. D'autant plus que non seulement elle consacre le principe de l'adjonction de magistrats du droit commun aux commissaires de la Chambre, mais encore elle assigne à ces derniers un rôle très secondaire par rapport aux premiers et, de plus, un rôle facultatif. Si elle avait, au contraire, réservé à ces commissaires la fonction la plus importante en se contentant de leur adjoindre des magistrats qui leur auraient servi de conseillers juridiques, la violation des principes de la logique et des précédents aurait été moins grande. Mais en les subordonnant délibérément au ministère public normal, et en rendant leur nomination facultative pour la Chambre, de telle sorte que celle-ci, se conformant au précédent de l'affaire Malvy, pourra toujours se dispenser de les désigner et rentrer ainsi dans les erreurs du premier système, la loi du 5 janvier, uniquement préoccupée de sauvegarder la neutralité de la Chambre dans le procès, a méconnu, semble-t-il complètement, et les principes généraux et l'esprit même de la Constitution de 1875.

Nous ne pensons pas, cependant, que la procédure qu'elle consacre mérite un reproche accessoire qui lui est adressé

par M. Barthélemy (1) ; cet auteur critique, en effet, l'indépendance qu'elle assure au ministère public normal près la Cour de Justice. « Le gouvernement, dit-il, responsable de l'ordre public, et dans une certaine mesure de l'esprit public, doit exercer une influence au sujet de l'opportunité de certaines poursuites ; c'est lui qui doit avoir la direction du ministère public. Toute autre solution contient un germe d'anarchie.... L'inamovibilité n'est pas le propre du ministère public.... Il est nécessaire que le juge soit inamovible, non le ministère public... ». On a vu, cependant, qu'un des principes les plus essentiels en la matière est la nécessité de l'absence du gouvernement de toute la procédure de mise en accusation des ministres. Laisser à ce gouvernement le moyen d'agir sur le ministère public normal, ce serait violer ce principe d'une manière beaucoup plus grave encore qu'en établissant près la Cour de Justice un ministère inamovible : le gouvernement pourrait, en effet, dans le premier cas, non seulement ordonner aux magistrats qui le composent de poursuivre (la plume est servie), mais encore les amener à soutenir l'accusation, malgré parfois leurs convictions intimes ; tandis que dans le second cas ces magistrats, bien qu'obligés également de poursuivre sur l'ordre du gouvernement, pourront, cependant, s'abstenir de requérir à l'audience. Le second système, limitant ainsi l'influence du gouvernement dans le procès, doit donc être adopté sans hésitation.

§ 3. — Une dernière question se pose enfin : des particuliers peuvent-ils se constituer partie civile près la Cour de Justice lors de la mise en accusation d'un ministre ?

La Cour, dans sa séance du 28 janvier 1918, a rejeté, sur les conclusions de M. le procureur général Mérillon, deux demandes de constitution de partie civile, en se basant sur

(1) *Op. cit.*, p. 589.

le précédent consacré par l'arrêt de la Cour des Pairs du 29 novembre 1830, sur le silence de la loi du 5 janvier 1918, sur la nature enfin et les formes de l'action.

Comme le fait remarquer M. Barthélemy (1), cette décision est contraire au texte de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, « l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique » ; or, la loi du 5 janvier déclare appréciables devant la Cour de Justice les dispositions de ce Code non contraires à cette loi, et, d'autre part, l'article 3 n'est certainement pas contraire au texte de la loi du 5 janvier, puisque celle-ci garde le silence sur la constitution de partie civile. Donc celle-ci, en s'en tenant au texte de la loi était parfaitement possible.

Mais il est bien certain qu'il est juridiquement impossible de permettre cette constitution de partie civile près la Cour de Justice, pour les trois raisons données par M. de Bastard à la Cour des Pairs en 1830.

1° Le droit d'intervention ne saurait exister là où le droit d'action n'existe pas ; 2° Cette intervention des particuliers nuirait à la majesté de la Justice du Sénat ; 3° Celui-ci n'est pas qualifié pour connaître des questions pécuniaires, « ni par le nombre de ses membres ni par leurs habitudes parlementaires, ni par la forme accoutumée de ses discussions ».

SECTION IV

L'information complémentaire faite par la Commission de la Cour de Justice

Nous ne reviendrons pas sur le rôle de la Commission de la Cour de Justice établie par la loi du 5 janvier 1918 (articles 4 à 8). Nous avons montré, en effet, qu'elle se livrait

(1) *Op. cit.* p. 597.

normalement sous le nom d'« information complémentaire », à une véritable instruction, la seule sérieuse même qui sera faite le plus souvent, comme ce fut le cas dans le procès de M. Malvy. Mais il reste maintenant à examiner quelle est la composition de cette commission, et comment elle fonctionne.

§ 1. — Sous le régime des Chartes, la Cour des Pairs, aux termes d'une jurisprudence particulière et constante confiait l'instruction des affaires qui lui étaient déférées à son président, « assisté de tels de MM. les Pairs qu'il lui plairait de commettre ». La loi du 5 janvier 1918 n'a point consacré, à juste titre cette fois, cette jurisprudence qui n'avait plus aucune raison de subsister. Elle a chargé de l'instruction des délits ministériels un organisme créé par la loi du 10 avril 1889 ; celle-ci établit pour instruire les crimes commis contre la sûreté de l'Etat une commission de neuf sénateurs, « nommée au scrutin de liste, en séance publique et sans débats, chaque année au début de la session ordinaire » ; cinq membres suppléants sont en outre élus par le Sénat ; cette commission nomme elle-même son président (article 7) ; les sénateurs qui la composent ne pourront concourir au jugement s'ils sont récusés par la défense. C'est cette même commission qui procèdera à l'instruction des délits ministériels déférés par la Chambre à la Cour de Justice.

M. Barthélemy fait remarquer que (1), « en l'année 1918, le concours des circonstances a rendu vaine la précaution prise par la loi d'imposer au Sénat le choix de sa commission d'instruction à une période fixe de l'année. On savait nécessairement que la commission de 1918 serait chargée de l'information complémentaire sur l'affaire Malvy..... En vue de l'affaire particulièrement délicate du jugement d'un ministre, le Sénat a, très sagement d'ailleurs, décidé que cette

(1) *Op. cit.* p. 600.

commission serait élue d'après un mode de *représentation proportionnelle*.... On ne peut pas espérer qu'une assemblée politique, même pour remplir une œuvre judiciaire, s'affranchisse absolument des considérations de parti, et le fait que le Sénat s'est imposé la proportionnelle ne fait que confirmer cette constatation ».

§ 2. — Pour que la Commission d'« information complémentaire » puisse fonctionner, il faut que sa réunion soit demandée soit par le procureur général, soit par l'accusé, soit par un sénateur (article 4). Comme il se trouvera toujours un de ces derniers pour en faire la demande, cette Commission fonctionnera pratiquement dans tous les cas.

Elle possède, on l'a vu, tous les pouvoirs d'un juge d'instruction, « son président décerne, en son nom, tous mandats de justice et procède lui-même ou par le magistrat qu'il délègue et, par voie de commission rogatoire, aux perquisitions nécessaires ; sur les demandes de mise en liberté provisoire, il est statué sans recours par la commission, après communication, pour conclusions, au procureur général et au commissaire dans le cas où la Chambre aurait pris la décision d'en nommer un (1) ».

La Commission clôture son travail par un *rapport* ; on a vu qu'elles sont les raisons qui ont contribué à faire adopter par la Chambre cette solution, raisons de pure circonstance et qui n'enlèvent pas à la Commission son caractère réel de juridiction d'instruction. Au cas cependant où l'information fait découvrir des complicités ou des faits connexes (article 9, alinéa 3), la Commission termine ses travaux en ce qui les concerne par une *décision*, par un arrêt de non lieu ou un arrêt de renvoi devant la Cour de Justice. C'est que les raisons qu'exigent le jugement par le Sénat des faits qui lui sont déférés par la Chambre ne peuvent plus être

(1) BARTHÉLEMY. *Op. cit.*, p. 601,

invoquées ici, puisqu'il s'agit de faits dont la Chambre n'avait pas eu connaissance et qui n'ont été révélés qu'au cours de l'information.

Signalons enfin, que lors du procès de M. Malvy, la Commission d'information complémentaire s'est adjoint un juge d'instruction au tribunal de la Seine, qu'elle a surtout chargé d'exécuter les commissions rogatoires dont elle a eu à faire usage.

SECTION V

La compétence de la Cour de Justice dans le jugement des délits ministériels qui lui sont déférés par la Chambre des députés.

§ 1. — Nous ne reviendrons pas ici sur la question de la « souveraineté » de la Cour de Justice, de son pouvoir de condamner un ministre pour un crime non prévu par la loi pénale. Mais il reste à se demander si la compétence de la Cour de Justice est exactement délimitée par les termes de la mise en accusation formulée par la Chambre des députés, ou si cette Cour reste libre d'incriminer des faits non visés par la mise en accusation. La loi du 5 janvier 1918 étant muette sur ce point, deux systèmes différents ont pu être soutenus, à l'occasion notamment du procès de M. Malvy.

En faveur du système de la liberté absolue de recherche et d'incrimination pour la Cour de Justice, on a invoqué les arguments suivants : « La question de compétence, dit-on d'abord (1), ne peut être réglée que par la juridiction elle-même qui va statuer. Car celle-ci est placée hors des hiérarchies ordinaires, et nulle autre juridiction supérieure ne peut lui tracer sa voie..... La seule décision de la Chambre ne saurait fixer ou restreindre la compétence de jugement

(1) *Temps*, 19 janvier 1918.

du Sénat et la première Assemblée ne tire d'aucun texte le droit de limiter l'inculpation ».

Ces arguments peuvent être facilement réfutés : Il est faux en premier lieu de dire que la Cour de Justice est « souveraine » parce qu'aucune juridiction placée au-dessus d'elle ne peut réformer ses arrêts. « Pour montrer l'absurdité de pareil raisonnement, dit M. Barthélemy (1), il suffit de l'appliquer à la Cour de cassation. Sous le prétexte qu'elle n'a aucune juridiction au-dessus d'elle, voudra-t-on dire qu'elle peut ne pas tenir compte de la loi ? » — Enfin, dans le silence des textes, il faut, non pas conclure au droit illimité de la Cour de Justice, mais se reporter aux principes généraux du droit. Or, c'est une règle de droit bien établie qu'un tribunal ne se saisit pas lui-même. « Le juge est un mécanisme inerte qui ne se meut que dans la mesure d'une impulsion qui lui vient de l'extérieur, de la part d'un particulier ou de la part d'un représentant de l'intérêt public (2) ». D'autre part, historiquement, le jugement des délits ministériels et la condamnation de leurs auteurs dans les conditions spéciales prévues par l'article 42 de la loi du 16 juillet 1875, sont des *actes du Parlement*. Ils exigent donc, tout comme le vote d'une loi, le concours de la volonté des deux Chambres. Or, si la Cour de Justice se permettait d'incriminer des faits non visés dans la résolution de la Chambre et de les juger sans que celle-ci ait formulé une nouvelle accusation, ce concours ferait évidemment défaut et la condamnation prononcée devrait être considérée comme juridiquement nulle.

Il faut donc admettre que la compétence de la Cour de Justice est étroitement délimitée par les termes de la mise en accusation formulée par la Chambre des députés.

(1) *Op. cit.*, p. 607.

(2) *Op. cit.*, p. 607.

§ 2. — Tels sont, en effet, les principes qui ont été adoptés en 1830 lors du procès des ministres de Charles X. — Ce sont eux qui ont été également suivis lors du procès de M. Malvy. On a cependant violemment reproché à la Cour de Justice d'être, dans cette affaire, sortie des limites de la résolution de mise en accusation de la Chambre des députés ; c'est ce que prétend notamment le rapport de M. le député Violette, en date du 17 octobre 1918. « L'ordonnance de renvoi, dit-il, c'est la Chambre qui l'a rédigée ; elle alléguait deux ordres de faits très précis : ... 2° avoir provoqué ou excité des mutineries militaires et cela pas d'une façon quelconque, mais dans l'intention de favoriser l'ennemi..... Quoiqu'il en soit, il est certain que c'est là un fait nouveau (la forfaiture) qui exigeait une instruction spéciale et une nouvelle levée de l'immunité parlementaire ». — Pour M. Violette donc, la Cour de Justice a outrepassé ses droits en condamnant pour forfaiture un ministre inculpé (si l'on peut ainsi s'exprimer) par la Chambre de trahison.

Ces reproches sont cependant complètement injustifiés : La Cour de Justice, dans le procès de M. Malvy, a déclaré en effet d'une part qu'elle se maintenait dans les limites de l'« accusation » formulée par la Chambre des députés, et il est certain d'autre part qu'elle a parfaitement pu changer la qualification des faits qui lui étaient déférés sans outrepasser pour cela les droits qui appartiennent à toute juridiction pénale.

Tout en affirmant sa « souveraineté », la Cour n'a nullement prétendu qu'elle avait le pouvoir d'incriminer des faits non visés par la résolution de mise en accusation de la Chambre. Après avoir, en effet, déclaré M. Malvy non coupable « d'avoir renseigné l'ennemi sur tous nos projets militaires et diplomatiques et spécialement sur le projet d'attaque du Chemins des Dames », et affirmé en second lieu que « les mutineries militaires de Cœuvres, en juin

1917, n'ont été en quoi que ce soit directement provoquées par l'accusé, la Cour ajoute : « Mais attendu que ces faits ne sont pas les seuls qui aient été visés dans la résolution de la Chambre des députés ; que cette résolution vise également tous les faits tendant à favoriser l'ennemi en excitant ou provoquant des mutineries militaires... ; qu'un plan a été concerté sur le territoire de la République, pour ruiner la défense du pays ; que Malvy n'a pas ignoré l'existence de cette entreprise, qui a été la cause principale des mutineries militaires de mai et juin 1917... ». Ainsi la Cour de Justice répond simplement à la question qui lui était posée par la Chambre en affirmant que l'ancien ministre a bien effectivement été la cause de mutineries militaires. Elle n'a donc à aucun moment prétendu pouvoir se libérer des limites de l'accusation.

Et elle avait en second lieu parfaitement le droit de changer la qualification du délit qu'on la chargeait de juger et de lui en donner une qu'elle considérait comme plus exacte ; elle n'a fait en cela qu'appliquer les principes généraux de droit commun, tels que M. Garraud (1) les dégage des articles 338, 339, 340, 361 et 379 du Code d'Instruction criminelle. « Les faits nouveaux qui ne peuvent être l'objet d'une question au jury sont les faits indépendants du fait de l'accusation ; n'exerçant sur lui aucune influence soit pour l'aggraver, soit pour l'atténuer ; mais les faits qui se produisent dans les débats peuvent, au contraire, être l'objet d'une question spéciale, lorsqu'ils ne sont que la modification, l'aggravation ou l'atténuation de l'accusation elle-même. Le président doit examiner si les débats ont fait surgir quelques circonstances nouvelles qui modifient l'accusation et la présentent soit avec une autre face, soit avec un autre caractère ; et il doit alors s'il constate ces faits ou ces points de vue nouveaux, poser des questions

(1) *Précis de droit criminel*.

subsidiaries ». Une juridiction pénale peut donc connaître d'une accusation nouvelle, si celle-ci repose sur les mêmes faits que l'accusation première ; elle pourra par exemple condamner pour meurtre un individu d'abord accusé d'assassinat, ou le retenir comme complice alors qu'il avait été tout d'abord poursuivi comme auteur principal. La Cour de Justice a donc pu estimer que les faits reprochés à M. Malvy ne constituaient pas le crime de trahison prévu par l'article 77 du Code pénal, parce qu'il manquait la volonté de favoriser l'ennemi, mais constater d'autre part qu'ils démontraient chez l'inculpé une méconnaissance telle des devoirs de sa fonction de ministre qu'ils le rendaient coupable du crime de forfaiture. La contradiction que l'on croit apercevoir tout d'abord entre les deux affirmations contraires de la Cour de Justice, disparaît ainsi complètement. Il est certain au contraire que celle-ci a fait une stricte application des principes généraux. Les reproches qui lui sont adressés par M. le député Violette sont donc entièrement dénués de fondement. Même au cas où la Chambre aurait accusé M. Malvy d'avoir provoqué des mutineries militaires « dans l'intention de favoriser l'ennemi », accusation qui n'était nullement exprimée, « la Cour de Justice pouvait fort bien retenir le fait matériel, en écartant la circonstance aggravante de l'intention de trahison ; de même qu'une cour d'assises saisie d'une accusation d'homicide volontaire, peut condamner pour homicide involontaire (1) ». Enfin l'instruction spéciale que réclame ce député n'était nullement nécessaire (2), puisqu'il ne

(1) BARTHÉLEMY. *Op. cit.*, p. 629.

(2) Pas plus qu'une nouvelle levée de l'immunité parlementaire ; celle-ci a pour but de défendre les membres du Parlement contre des poursuites intempestives des particuliers ou du gouvernement et non de les protéger contre une juridiction de jugement, surtout pas contre la Cour de Justice.

s'agissait que d'une transformation dans la qualification des faits incriminés.

Cette instruction spéciale devient au contraire indispensable lorsqu'il s'agit de complicités ou de faits connexes révélés au cours des débats.

§ 3. — Le principe, en effet, de la délimitation de la compétence de la Cour de Justice par la résolution de mise en accusation de la Chambre des députés n'enlève pas à cette Cour le droit de juger les complices ou les faits connexes des faits qui lui ont été déférés par la Chambre.

C'est une règle bien établie du droit pénal qu'il doit y avoir une seule et même procédure pour les infractions connexes telles qu'elles sont définies par l'article 277 du Code d'instruction criminelle, et pour celles qui sont accomplies par plusieurs coauteurs ou complices dans les conditions fixées par l'article 60 du Code pénal.

Une difficulté aurait pu s'élever en cas de conflit entre la Cour de Justice et une juridiction du droit commun, si, par exemple, on avait découvert au cours des débats un complice du ministre simple citoyen. Quelle est la juridiction qui va attirer à elle le complice ou le fait connexe? La question est controversée; on peut faire valoir en faveur de la solution de l'attraction des faits connexes par la juridiction de droit commun l'argument que c'est celle qui a été consacrée souvent par la loi, notamment par l'art. 76 du Code de justice militaire. Mais la solution contraire paraît devoir être adoptée sans hésitation. La Cour de Justice est un tribunal d'un ordre particulièrement élevé, présentant des garanties spéciales, et seule apte, on l'a vu, à juger des procès et, par conséquent aussi, des parties accessoires du procès à caractère essentiellement politique. C'est la solution qui a été adoptée par la Cour des Pairs sous le régime des Chartes et par la loi du 24 messidor, an IV. C'est elle, enfin, qui vient d'être expressément consacrée par la loi du

5 janvier 1918. « Si l'information complémentaire ou les débats ont révélé des complicités ou des faits connexes, la Cour de Justice peut ordonner qu'il sera sursis au jugement jusqu'à ce qu'il ait été procédé, à l'occasion des faits susvisés, à l'instruction dans les conditions prévues par les articles 8 à 14 de la loi du 10 avril 1889 (art. 9, alinéa 3) ».

Comme le fait remarquer M. Barthélemy (1), un fait connexe n'est pas un fait « commis par le même accusé et analogue à ceux qui étaient visés dans l'acte d'accusation. Dans le sens du Code d'instruction criminelle, le terme de connexité a une portée infiniment plus restreinte ». L'article 227 de ce Code dit, en effet : « Les délits sont connexes, soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité ».

On a vu que la Commission d'« information complémentaire » est également chargée de l'instruction des faits connexes et qu'en ce qui les concerne elle termine ses travaux par une décision, par un arrêt de renvoi ou de non lieu, et non par un simple rapport. Cette différence s'explique simplement par le fait que la Chambre n'ayant point en connaissance et n'ayant pas demandé la punition de ces faits connexes, la Commission sénatoriale en prenant à leur égard une décision définitive ne risque pas d'aller à l'encontre de la volonté exprimée par la majorité de cette Chambre, et, en rendant par exemple un arrêt de non lieu, de trancher une question sur laquelle le Sénat tout entier, seul, doit pouvoir se prononcer.

(1) *Op. cit.*, p. 610.

§ 4. — Une dernière question reste enfin à examiner au sujet de la compétence de la Cour de Justice. Si, entre la date de la résolution de mise en accusation d'un ministre par la Chambre des députés et sa comparution devant le Sénat, celui-ci a été l'objet d'un renouvellement partiel, quelle devra être sa composition au jour du jugement, et les sénateurs nouvellement élus pourront-ils participer à ce dernier ?

La question s'est posée le 24 juin 1901, lorsque la Cour de Justice a eu à se réunir pour juger, suivant la procédure de la loi de 1889, un citoyen accusé de crime contre la sûreté de l'Etat et qu'elle avait précédemment condamné par défaut. La Cour a décidé que tous les sénateurs élus ou réélus depuis le décret du 4 septembre 1899, qui l'avait d'abord convoquée, devaient être exclus, ainsi que ceux qui n'avaient pu prendre part au premier jugement.

Cette solution est cependant contraire au principe que la Cour de Justice est une juridiction permanente en droit, tout comme les juridictions de droit commun. Un condamné qui purge sa contumace reparait bien devant la même Cour d'assises qui a prononcé la première condamnation, mais cette Cour peut bien être composée de magistrats autres que ceux qui avaient alors siégé. Les principes généraux doivent donc recevoir purement et simplement ici leur application.

C'est donc fort justement qu'une loi récente du 6 janvier 1920 (1) est venue trancher définitivement la question en décidant que : « en cas de renouvellement d'une ou plusieurs séries du Sénat, tous les sénateurs seront appelés de plein droit à composer la Cour de Justice et à connaître des faits de la cause. En ce cas, il sera procédé à de nouveaux débats si l'affaire a déjà été portée à l'audience et engagée au fond ».

(1) *J. O.* du 8 janvier 1920.

Le caractère permanent de la Cour de Justice doit également faire décider que lorsqu'un ministre condamné revient pour purger sa contumace, il suffit, pour que la Cour puisse se réunir, d'une simple convocation de son président, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle résolution de la Chambre des députés.

SECTION VI.

Voies de recours. — Droit de grâce.

§ 1. — Peut-il exister un recours contre les arrêts de la Cour de Justice ?

En ce qui concerne les voies de recours devant une autre juridiction que la Cour de Justice elle-même, l'affirmative ne peut être soutenue. Une telle solution serait, en effet, contraire à la logique, aux précédents et au texte formel de l'article 23 de la loi du 10 avril 1889 que le Sénat déclarerait certainement applicable au cas de mise en accusation d'un ministre,

Il serait illogique, en effet, d'ouvrir une voie de recours contre une décision rendue par un tribunal qui réunit les meilleures conditions pour juger les délits ministériels. L'élévation exceptionnelle de ce tribunal, l'atteinte que la cassation porterait à son autorité, sa compétence certainement supérieure en la matière à celle de la Cour de cassation ou de toute autre juridiction, sont des considérations qui doivent faire repousser, sans hésiter, la solution qui consiste à admettre des voies de recours contre ses décisions.

Les précédents sont également dans ce sens. Sous le régime des Chartes de 1814 et de 1830, les décisions de la Cour des Pairs n'étaient soumises à aucun recours : « Ce que la conscience des Pairs de France, siégeant en Cour de Justice, avait prononcé, devait être chose jugée pour tout

le monde ». Ce principe ne fut jamais contesté. Telle est également la solution admise par le décret du 28 août 1792, la loi du 19 thermidor an IV, l'article 73 de la Constitution de l'an VIII, le senatus consulte de l'an XII, l'article 91 de la Constitution de 1848, enfin, l'article 13 du senatus consulte du 10 juillet 1852. On voit que les Constitutions qui confiaient le jugement des ministres à une Haute Cour spéciale ont adopté sur ce point le même système que celles qui chargeaient la Chambre Haute de ce jugement.

Enfin l'article 25 de la loi du 10 avril 1889 décide expressément: « les décisions ou arrêts du Sénat ne sont susceptibles d'aucun recours », et il est certain que cet article est applicable, en vertu de la loi du 5 janvier 1918, à l'hypothèse où c'est un ministre qui est mis en accusation par la Chambre des députés.

Il semble bien que ce texte et les précédents interdisent également les voies de recours portées devant la Cour de Justice elle-même. Mais ici la logique et l'équité sont en désaccord avec les textes et la tradition: une juridiction, si élevée soit-elle, n'est pourtant pas infaillible; elle peut, inconsciemment ou non, violer une des règles élémentaires de la justice, supprimer par exemple les droits de la défense ou refuser d'entendre certains témoins. Il est difficile d'admettre dans ce cas que son jugement ne puisse pas être révisé. En faisant opérer cette révision par la Cour elle-même (1), on ne porte pas atteinte à son autorité, et on s'entoure des mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité. Cette révision ne pourrait en tous cas être opérée

(1) Il semble cependant que la procédure ordinaire du pourvoi en révision, telle qu'elle est établie par l'art 443 et suiv. du C. p. et les lois de 1867 et de 1895 ne soit point ici théoriquement applicable, l'intervention de la Cour de cassation étant inadmissible pour toutes les raisons ci-dessus énumérées.

que sur une demande de la Chambre des députés faite dans les mêmes conditions que la demande de mise en accusation.

Mais, comme on l'a vu, il est impossible d'admettre en droit pratique la possibilité d'une voie de recours devant la Cour de Justice elle-même.

§ 2 — Le droit de grâce, dont la plupart de nos Constitutions ont armé le chef de l'Etat, peut-il s'exercer à l'égard d'un ministre condamné pour crime commis dans l'exercice de ses fonctions ?

La question est controversée. Les adversaires de l'extension du droit de grâce aux délits ministériels font remarquer qu'elle serait contraire à la nature et au but de la responsabilité ministérielle. « L'objet essentiel de cette responsabilité, écrit M. Clos (1), est de donner une garantie essentielle aux libertés publiques, en plaçant des agents responsables à côté du Chef de l'Etat... Or, n'est-ce pas rendre cette garantie illusoire que de laisser au chef de l'Etat le droit de gracier les ministres condamnés...? Lui serait-il difficile de trouver des hommes prêts sous son inspiration à fouler aux pieds la constitution et les lois, assurés par lui de l'impunité complète en cas d'échec....? ».

Benjamin Constant a au contraire vivement combattu cette opinion. Pour lui le droit de grâce du Chef de l'Etat ne doit point subir de restriction d'aucune sorte, et la clémence de ce dernier ne doit point avoir de limites. « Le monarque est dans une enceinte à part et sacrée ; vos regards, vos soupçons ne doivent jamais l'atteindre.... Que faites-vous en disputant au prince le droit d'arrêter le glaive prêt à frapper les instruments de ses volontés secrètes, et en le forçant à autoriser leur châtimement .. Vous le contraignez à un acte de lâcheté et de perfidie, vous l'avilissez à ses

(1) *Op. cit.*, p. 194.

propres yeux, vous le déconsidérez aux yeux de son peuple ».

Cette argumentation est fort contestable. Il est inexact en effet de dire que les intentions du Chef de l'Etat ne peuvent jamais être soupçonnées. Le soupçon et la défiance sont au contraire à la base du régime parlementaire. C'est précisément pour éviter les abus du pouvoir du Chef de l'Etat et limiter son autorité qu'on a placé près de lui des ministres responsables devant le Parlement. Il semble donc qu'étendre le droit de grâce aux délits ministériels serait contraire à l'esprit du régime parlementaire.

Sans doute, par suite du développement considérable des pouvoirs des Chambres et la diminution correspondante de ceux du Chef de l'Etat dans la plupart des Constitutions modernes, un complot entre ce dernier et ses ministres dans le but de violer les lois et la constitution, apparaît-il comme pratiquement impossible. Mais il n'en semble pas moins que, précisément à cause de cette suprématie incontestable de la représentation nationale sur le pouvoir exécutif, permettre au Chef de l'Etat de gracier un ministre et d'annuler ainsi les effets d'une condamnation solennellement prononcée par le Parlement, serait porter atteinte aux prérogatives de ce dernier et violer l'esprit de notre système politique actuel.

Il convient donc, en droit théorique, d'enlever au Chef de l'Etat le droit de gracier un ministre, ou du moins de décider que ce droit ne pourra s'exercer que dans des conditions déterminées. C'est ainsi, par exemple, que les Constitutions de Belgique, de Bavière, de Danemark, de Hanovre déclarent que le roi ne pourra gracier un ministre qu'avec l'assentiment ou sur la demande d'une quelconque des deux Chambres ; les Constitutions de Grèce, de Serbie, de Roumanie, de Bulgarie exigent même que ce soit l'Assemblée même qui a mis les ministres en accusation, qui donne son consentement à la grâce. La solution adoptée

par ces diverses Constitutions est certainement la meilleure : elle assure, d'une part, aux ministres la possibilité d'une faveur dont peuvent bénéficier en principe tous les condamnés et qu'il serait par conséquent injuste de leur enlever, et elle respecte, d'autre part, les prérogatives du Parlement en le laissant juge, en dernière analyse, de l'opportunité d'exercer ou non le droit de grâce.

Il semble cependant que dans notre droit pratique actuel, ni les précédents, ni les textes ne permettent d'apporter une restriction quelconque à l'exercice du droit de grâce par le Chef de l'Etat. Dans le droit anglais, tout d'abord, dont on connaît l'influence sur les Chartes, le roi conserve le pouvoir de gracier les ministres condamnés par les lords. Les Constitutions françaises sont toutes muettes sur la question, sauf celle de 1848, qui remettait le droit de grâce à l'Assemblée, à l'égard du Président de la République et des ministres. Mais en 1836, le roi Louis-Philippe gracia tous les ministres de Charles X, condamnés par la Cour des Pairs ; il faut remarquer d'ailleurs qu'entre le jugement et la grâce, un changement de souverain était survenu, on ne se trouvait donc pas en présence d'un souverain venant sauver ses complices du châtimement qu'ils avaient encouru par sa faute. Ainsi, dans le seul exemple qu'offre notre histoire constitutionnelle, antérieurement au procès de M. Malvy, d'une condamnation prononcée contre des ministres, le droit de grâce a pu s'exercer librement au profit des condamnés, sans que cette mesure soulevât d'ailleurs la moindre protestation.

Nul doute qu'une pareille mesure puisse légalement être prise aujourd'hui par le Président de la République. L'article 3, § 2 de la loi du 23 février 1875, sur l'organisation des pouvoirs publics, dit en effet simplement : « Le Président de la République a le droit de faire grâce », sans prévoir à ce droit une restriction quelconque. Il faut remarquer que cette solution ne présente pas dans notre Constitution les mêmes

dangers que sous un régime monarchique : déclaré responsable en cas de haute trahison, le Président de la République ne pourrait pas impunément pousser ses ministres à violer les lois ou la constitution et les gracier en cas d'échec. Mais la mise en accusation du Chef de l'Etat est, on le sait, une chose extrêmement grave, susceptible de troubler profondément la vie politique du pays, et à laquelle on hésitera toujours à recourir. Il faudrait donc, suivant en cela l'exemple de nombreuses constitutions étrangères, déclarer que le Président de la République ne pourra user de son droit de grâce en faveur d'un ministre condamné qu'avec l'assentiment d'une quelconque des deux Chambres.

CONCLUSION

Ainsi la responsabilité pénale des ministres pour les délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, est loin d'être une institution démodée, une forme primitive et surannée de la responsabilité ministérielle, appelée à disparaître complètement pour laisser le champ libre à la responsabilité politique. Nous avons vu, au contraire, au début de cette thèse, qu'elle semblait faire l'objet d'une sorte de renaissance, que les exemples de poursuites pénales exercées ou tentées contre des ministres s'étaient considérablement multipliés dans le cours du dernier demi-siècle, que la plupart des législations récentes avaient adopté le principe de la responsabilité que nous avons appelée *politico-pénale* des ministres et qui permet de les poursuivre même pour leurs fautes lourdes intentionnelles ou non quoique non prévues par la loi pénale. Nous avons vu que notre Constitution de 1875, que nous avons étudiée à la lueur des précédents dont elle s'est si puissamment inspiré, avait également

adopté ce principe et que notre jurisprudence parlementaire l'avait, sous son empire, consacré à diverses reprises, notamment lors du fameux procès de M. Malvy.

On ne peut qu'applaudir à cette renaissance de la responsabilité pénale des ministres; nous avons vu que des raisons impérieuses de *nécessité* et de *justice* l'avaient provoquée, qu'elle seule permettait de donner un sens réel à la responsabilité ministérielle: la responsabilité politique, en effet, parfaitement apte à écarter du pouvoir un ministre dont les idées ou le programme n'ont plus l'assentiment du Parlement, est impuissante à apporter une sanction suffisante aux délits et aux fautes lourdes que ce ministre commet dans l'exercice de ses fonctions. A une époque surtout où ces fonctions sont particulièrement délicates à remplir, où la situation du pays, accablé de charges diverses et nombreuses, exige plus que jamais de la part des ministres, auxquels sont confiées ses destinées, du zèle, de la probité, de la compétence, une simple sanction politique apparaîtrait comme ridiculement insuffisante pour réprimer leurs actes délictueux ou leurs fautes lourdes. Si, comme l'a montré M. Barthélemy, la responsabilité *personnelle* de tous les agents du Pouvoir Exécutif doit être à la base de toute société démocratique, il est certain que ce principe doit s'appliquer surtout aux ministres qui sont les agents les plus puissants et les plus hauts placés de ce Pouvoir, ceux dont le rôle est le plus important et l'autorité la plus grande.

C'est donc fort justement, à notre avis, que la jurisprudence parlementaire se basant sur l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 a consacré la théorie de l'*arbitraire* et permis ainsi, fidèle à la tradition des Chartes, le développement de la responsabilité *politico-pénale* des ministres. La responsabilité civile, en effet, est ici inapplicable pour les trois raisons que nous avons indiquées, elle serait impossible à mettre en œuvre pratiquement, illusoire et injuste. La res-

ponsabilité pénale est donc en l'espèce la seule forme possible de responsabilité personnelle.

Mais si nous avons approuvé sans réserves la solution admise par notre jurisprudence en droit pratique, nous avons cependant recommandé en droit théorique l'existence d'une loi spéciale qui définirait et punirait une grande partie des délits susceptibles d'être commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions et non prévus par le Code pénal. Cette loi aurait l'avantage de déterminer définitivement les pouvoirs de la Cour de Justice dans le jugement de ces délits et de trancher ainsi une question qui continue à susciter de vives controverses et à diviser les meilleurs esprits ; elle permettrait en second lieu d'éviter dans une grande mesure un arbitraire toujours fâcheux, toujours capable de soulever des critiques et de troubler l'opinion.

Nous avons vu toutefois que cette loi ne pourrait prévoir d'une façon précise ni les crimes constructifs des ministres, ni leurs fautes lourdes ; les premiers nécessitent, en effet, une appréciation d'ensemble de la politique des ministres, que seule la Cour de Justice elle-même peut faire. Quant aux fautes lourdes, elles peuvent se produire si souvent et revêtir des aspects si variés, que la loi spéciale devra se borner à poser le principe de la possibilité de leur poursuite, mais sans essayer de les viser d'une façon précise. De même que l'article 1382 du Code civil se contente de poser le principe de la responsabilité de l'auteur d'un dommage, mais sans s'efforcer de prévoir tous les cas de responsabilité, de même la loi spéciale ne pourra qu'énoncer une règle aussi générale, mais en s'abstenant de réglementer son application. On a vu, en effet, que la responsabilité politico-pénale s'exercera en fait le plus souvent dans les cas où la responsabilité civile serait mise en jeu contre un particulier et que l'impossibilité d'appliquer cette dernière aux délits ministériels était à la fois la plus sûre preuve de sa nécessité et sa meilleure justification.

Nous avons vu, en second lieu, qu'une détermination précise des peines que peuvent encourir les ministres est au contraire parfaitement possible, et nous avons recommandé en droit théorique la solution qui fait fixer préalablement ces peines par la loi spéciale, même pour les crimes constructifs et les fautes lourdes des ministres; ces peines devront toujours être douces et à caractère essentiellement politique. Nous avons critiqué en droit politique la décision par laquelle la Cour de Justice s'est reconnu le droit non seulement de *choisir*, mais encore de *créer* la peine.

Enfin quant à la procédure de la poursuite et du jugement des délits ministériels, nous croyons que la juridiction du Sénat, établie par la Constitution de 1875, est la meilleure et la plus apte à connaître de ces délits, mais nous avons critiqué la plupart des innovations de la loi du 5 janvier 1918 qui confie à un ministère public composé de magistrats le soin de soutenir devant la Cour de Justice l'accusation formulée par la Chambre, et dont le texte pris dans son sens littéral tendrait à laisser à celle-ci le soin d'instruire les délits ministériels.

La conclusion à tirer de cette étude est donc qu'une loi spéciale aux délits ministériels est nécessaire. Cette loi, réglementant dans leur ensemble l'étendue de la responsabilité pénale des ministres, les pénalités qu'elle implique, et la procédure de la mise en accusation et du jugement, devrait, croyons-nous, consacrer dans ces trois parties les principes que nous venons de poser, c'est-à-dire :

1° Prévoir, d'après le modèle de la proposition de M. Pascal Duprat, le plus grand nombre de délits ministériels non définis par le Code, et permettre dans une de ses dispositions la poursuite des crimes constructifs et des fautes lourdes des ministres ;

2° Déterminer les peines que peuvent encourir les ministres même à raison de ces crimes constructifs et de ces

fautes lourdes, peines qui devront être exclusivement d'un caractère politique ;

3° Régler dans son ensemble toute la procédure et non seulement l'organisation du ministère public et le jugement ; réglementer la mise en accusation par la Chambre des députés et lui donner un caractère exclusif ; supprimer la plupart des innovations établies par la loi du 5 janvier 1918, notamment le droit d'instruire laissé à la Chambre et le ministère public permanent, composé de magistrats, que cette loi organise près la Cour de Justice ; établir une voie de recours portée devant la Cour elle-même, et décider enfin que le droit de grâce ne pourra s'exercer qu'avec l'assentiment d'une quelconque des deux Chambres.

Telles devraient être, pensons-nous, les dispositions principales de la loi spéciale que le législateur, renonçant à son habitude de légiférer par référence et dans la mesure où il est strictement utile de le faire dans un cas déterminé, ne saurait tarder à mettre sur pied, conformément à l'engagement qu'il a pris formellement lors du vote de la loi du 5 janvier 1918.

REMARQUE. — Nous n'avons envisagé dans cette thèse que l'hypothèse où un ministre est mis en accusation par la Chambre des députés et traduit devant le Sénat constitué en Cour de Justice.

Il convient cependant de ne pas oublier que dans notre droit français moderne, les ministres sont aussi justiciables des tribunaux ordinaires de répression, et cela dans deux cas bien différents et que nous ne rappelons que pour mémoire :

1° Dans le cas où ils commettent des délits privés ; ainsi le veulent les termes de l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875 qui ne prévoient une compétence et une procédure spéciales que pour les crimes commis par eux « dans l'exercice de

leur fonctions ». Nous avons approuvé pleinement cette distinction entre les délits de fonctions et les délits privés; voir chapitre I, section I, paragraphes 1 et 2.

2° Ils restent également justiciables des tribunaux ordinaires pour leurs délits de fonction. Les termes de l'art. 12 ne sont en effet nullement impératifs et laissent seulement à la Chambre des députés le droit de mettre un ministre en accusation, mais sans donner à ce droit un caractère exclusif. Nous avons critiqué en droit théorique cette solution pourtant admise par la Cour de Cassation par un arrêt du 24 février 1893; voir chapitre III, section II, paragraphe 2.

Il est certain que dans ces deux cas les ministres restent soumis aux règles ordinaires de compétence et de procédure qu'il n'entre pas dans notre sujet d'étudier (1).

(1) V. LABORDE. *Précis de droit pénal français*.

BIBLIOGRAPHIE

- BARTHÉLEMY (J.). — La loi du 5 janvier 1918, sur la mise en accusation du Président de la République et des ministres. *Revue de droit public*, année 1918.
- BEL (G.). — La responsabilité pénale des ministres d'après le droit français actuellement en vigueur. Thèse, Paris, 1899.
- BENJAMIN CONSTANT. — De la responsabilité des ministres. *Cours de politique constitutionnelle*, t. I, p. 385. Paris, librairie de Guillaumin, 1872.
- CAUCHY. — Précédents de la Cour des Pairs. Paris, 1839.
- CLOS (J.). — De la responsabilité des ministres. Thèse, Paris, 1886.
- DARESTE (J.-R.). — Les Constitutions modernes. Paris, Challamel, 1883.
- DESJARDINS. — Les Cahiers des Etats généraux en 1789 et la législation criminelle. Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1883.
- DUGUIT (L.). — L'arrêt du Sénat dans l'affaire Malvy. *Revue politique et parlementaire*, n° d'août 1919, p. 137.
- ESMEIN (A.). — Eléments de droit constitutionnel français et comparé.
- INQUINBERT (P.). — De la responsabilité pénale et civile des ministres. Thèse. Paris, 1891.
- DE KERCHONE. — De la responsabilité des ministres dans le droit public belge. Bruxelles, 1867, Mucquard, éditeur.
- LABORDE (A.). — Précis de droit pénal français, 1911.
- LAIR. — Des Hautes Cours politiques en France et à l'étranger, et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Paris, Thorin, 1889.

PERRIN (F.). — De la responsabilité pénale du Chef de l'Etat et des ministres. Thèse, Grenoble, 1900.

PINHEIRO-FERREIRA. — De la responsabilité des ministres. *Revue Félix*, 1835.

Revue des Causes Célèbres, n° de septembre et octobre 1918.

ROUX (A.). — L'Affaire Malvy et le pouvoir souverain du Sénat comme Haute Cour de Justice. *Revue politique et parlementaire*, décembre 1918, p. 267.

Temps, 19 janvier 1918.

Vu : *Le Président de la thèse*,
M. MOYE.

Vu : *Le Doyen*,
Montpellier, 7 mai 1920.
Jules VALERY.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 7 mai 1920.
Le Recteur,
Jules COULET.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
Origine et évolution du principe de la responsabilité pénale des ministres.....	5
CHAPITRE I. — Etendue de la responsabilité pénale des ministres	20
SECTION I. — Distinction entre les délits de fonction et les délits privés des ministres.....	21
§ 1. — Raisons de la distinction. Pourquoi les délits privés doivent être laissés sous l'em- pire du droit commun?.....	21
§ 2. — Comment faire cette distinction?.....	27
SECTION II. — Les crimes ministériels doivent-ils, pour être punissables, être prévus ou non par la loi pénale?.....	30
§ 1. — La théorie de l'arbitraire dans le droit pratique de la Constitution de 1875, et la juris- prudence parlementaire sur ce point.....	31
§ 2. — La question en droit théorique et les diverses solutions qui peuvent y être appor- tées.....	46
SECTION III. — Difficultés particulières qui peuvent s'élever à propos de certains actes ministériels... .	64
1° Responsabilité du ministre à raison de son contre seing.....	64
2° Responsabilité du ministre à raison de ses omissions.....	65
3° Responsabilité du ministre à raison des actes de ses subordonnés.....	66

4° Responsabilité du ministre qui a quitté le pouvoir	67
5° Responsabilité du ministre à raison des actes funestes pris par le cabinet dont il fait partie.	67
6° Responsabilité des sous-secrétaires d'Etat... ..	67
 CHAPITRE II. — Les Pénalités	70
SECTION I. — Pouvoirs de la Cour de Justice dans la détermination de la peine.....	70
§ 1. — Aspect particulier de la question.....	70
§ 2. — Droit pratique de la Constitution de 1875 et précédents	72
§ 3. — La question en droit théorique.....	77
 SECTION II. — Peines à infliger aux ministres.....	78
 CHAPITRE III. — La Procédure	86
SECTION I. — La compétence du Sénat dans le jugement des délits ministériels	86
SECTION II. — La mise en accusation par la Chambre des députés	94
§ 1. — La raison d'être.....	94
§ 2. Est-ce un droit exclusif au profit de la Chambre ?.....	98
§ 3. — Le gouvernement peut-il intervenir dans la procédure de cette mise en accusation?	101
§ 4. — Caractère du droit d'accusation de la Chambre, et rôle de cette dernière.....	103
 SECTION III. — Le ministère public près la Cour de Justice	117
§ 1. — Son organisation par la loi du 5 janvier 1918	117

§ 2. — Critique de cette organisation en droit théorique	120
§ 3. Constitution de partie civile.....	128
SECTION IV. — L'information complémentaire par la Commission de la Cour de Justice.....	129
§ 1. — Organisation	130
§ 2. — Fonctionnement.....	131
SECTION V. — La compétence de la Cour de Justice par rapport aux faits qui lui sont déférés par la Chambre	132
§ 1. — La compétence est délimitée par les ter- mes de la mise en accusation.....	132
§ 2. — Application de ce principe dans le procès de M. Malvy.....	134
§ 3. — Droit de la Cour de Justice de juger les complices ou les faits connexes des faits qui lui ont été déférés	137
§ 4. — — Caractère permanent de la Cour de Justice.....	139
SECTION VI. — Voies de recours, droit de grâce.....	140
§ 1. — Aucune voie de recours n'est ouverte à l'accusé	140
§ 2. — Le droit de grâce peut s'exercer en droit pratique. Critique de cette solution en droit théorique	142
CONCLUSION.....	145
REMARQUE. — Cas où les tribunaux ordinaires restent com- pétents pour le jugement de délits ministériels.....	149
BIBLIOGRAPHIE.....	151

